Zur Lehre vom Saldo

(besonders die Einwirkung des Börsengesetzes v. 22. 6. 1896/8. 5. 1908 auf den Saldo und die verhältnismäßige Verrechnung).

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAUDAT. BIBL.

vorgelegt von

Willy Girke

aus Kunzendorf (Niederlausitz)

Referendar am Königlichen Landgericht I zu Berlin

Approbiert am 28. Oktober 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

206

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis VII

Einleitung: **Ursprung und Ausbildung des Kontokorrents** 1

I. Die Entstehung des Saldos:

1. In wirtschaftlicher Beziehung 3
2. In juristischer Beziehung 4
   a) Die Anerkenntnisverträge. Das durch die Übersendung der Rechnung abgegebene Anerkenntnis ist:
      α) auch einseitig verpflichtend 4
      β) es enthält eine Offerte 6
   b) Der Aufrechnungsvertrag in seiner
      α) liberatorischen Funktion — die eigentliche Verrechnung . . . 6
      β) obligatorischen Funktion — die Feststellung durch Anerkennung 8

II. Der Saldo selbst.

1. Die Saldofeststellung.
   a) Sie erzeugt eine selbständige Forderung 9
   b) Einwendungen gegen den Saldo sind zumeist ausgeschlossen 10
   c) In der Begründung der Saldoforderung liegt eine Novation . . . 13
   d) Der Saldo unterliegt einer von der für die Einzelposten gegebenen abweichenden Verjährung 18
   e) Der Erfüllungsort des Saldos 19
2. Die Zeit der Saldofeststellung und die Dauer des Kontokorrents 19
3. Die Verzinslichkeit des Saldos und Provisionen 21
4. Die für den Saldo haftenden Pfänder, Bürgen, Gesamtschuldner 25
5. Die Pfändung des Saldos 30
6. Die Saldofeststellung bei Weigerung der Mitwirkung des anderen Teils . 31
7. Der Saldo der bloßen laufenden Rechnung 34
8. Der Gegenstand und die Grundlage des Saldos 35

III. Die Beeinflussung des Saldos durch das Börsengesetz von 1896.

1. Der Saldo ist vollgültig, wenn die ihm zugrunde liegenden Posten
   a) aus Börsenterminegeschäften herrühren,
   b) von ins Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen sind . . 37
2. Der Saldo ist ungültig oder nur zum Teil gültig.
   a) Er ist ungültig, wenn sämtliche Posten des Kontokorrents aus Geschäften herrühren, die von nicht in das Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen sind 38

Seite

b) Der Saldo ist zum Teil gültig, wenn einige der im Kontokorrent enthaltenen Geschäfte gültig, die anderen ungültig sind.
α) Literatur und Judikatur unter besonderer Berücksichtigung der verhältnismäßigen Verrechnung 39
β) Die Mängel und Fehler der verhältnismäßigen Verrechnung . 42
γ) Eignen sich die Posten aus klaglosen Geschäften überhaupt zur Einstellung in den Kontokorrent? — Vorschläge zur Beseitigung des Übelstandes 45
3. Der auf verbotenen und daher nichtigen Börsentermingeschäften beruhende Saldo ist ungültig 46
4. Der Saldo aus Posten, die aus Spiel- oder Differenzgeschäften herrühren 47

IV. Die durch die Novelle geschaffenen Änderungen und ihre Einwirkung auf den Saldo.

1. Die verbotenen Börsentermingeschäfte 50
2. Die erlaubten Börsentermingeschäfte
a) Die beiderseitig verbindlichen Börsentermingeschäfte. Ihre Gültigkeit ist bedingt durch
α) die Personen, die sie abschließen 51
β) den Gegenstand des Geschäfts. — Offizielle und inoffizielle Börsentermingeschäfte 52
γ) die Rechtsfolgen der inoffiziellen Börsentermingeschäfte 53
b) Die unverbindlichen Börsentermingeschäfte 55
c) Die einseitig verbindlichen Börsentermingeschäfte. — Sicherheitsleistung 55
d) Die Geschäfte in Getreide- und Getreidemehlhandel 58
e) Ausländische Geschäfte 59
3. Mängel und Vorteile der durch die Novelle geschaffenen Änderungen . . 59

Literaturverzeichnis.

Apt, Das Börsengesetz. Berlin 1897.
Apt, Das Börsengesetz und seine Reform. Im Archiv für bürgerliches Recht. Berlin 1901.
Apt, Das Börsengesetz. Berlin 1909.
Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855 u. 1894.
Bericht und Beschlüsse der Börsenenquetekommission. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1894.
Bericht der Reichstagskommission. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1905.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.
Buff, Das Kontokorrentgeschäft im deutschen Bankgewerbe. In den Münchner volkswirtschaftlichen Studien (61. Stück). Stuttgart und Berlin 1904.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1888.
Dernburg, Pandekten. 1889.
Deutsche Wirtschaftszeitung. 1. Jahrg. Nr. 10 S. 467. Neander-Müller.
Deutsche Juristenzeitung. 8. Jahrg. S. 249; 7. Jahrg. S. 97; 12. Jahrg. S. 1275.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1885.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht. Heidelberg 1868 u. 1887.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. 1896/97.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.
Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1901.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Greber, Das Kontokorrentverhältnis. 1893.
Grünhut, Der offene Kredit und der Kontokorrentvertrag. In Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts Bd. 3. Leipzig 1885.
Grünhut, Das Recht des Kontokorrentverkehrs. In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 3.
v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. u. 3. Aufl.
Hartmann, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs. Diss. 1904.
Heinemann, Die erlaubten und verbotenen Termingeschäfte. Berlin 1899.
Heinemann, Der Börsenterminhandel und das Reichsgericht. Berlin 1900.
Hemptenmacher, Börsengesetz. Berlin 1908.
Hoffmann, Das Reichsbörsengesetz. Berlin 1897.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht usw. Berlin, 8. Jahrg. S. 190; 14. Jahrg. S. 194, 28; 14. Jahrg. S. 23; 13. Jahrg. S. 70, 74; 17. Jahrg. S. 36.

Juristische Wochenschrift: 1892 S. 508; 1903 Beil. 35; 1904 S. 151, 219; 1894 S. 422; 1900 S. 271; 1892 S. 126; 1903 S. 175; 1899 S. 364; 1885 S. 355 u. a.
Laband, Kritik des Kontokorrentvertrages von J. A. Levy. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 19 S. 653.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 2. Jahrg. Nr. 8.
Litthauer, Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Mohr, Der Kontokorrentverkehr. 1902.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 u. 49.
Rießer, Der Kontokorrentvertrag von J. A. Levy. Autorisierte deutsche Ausgabe. Freiburg und Tübingen 1884.
Rießer, Gutachten, Verhandlungen des 8. Deutschen Juristentages. Berlin 1886.
Rudorff, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.
Seufferts Archiv, Entscheidungen der obersten Gerichte.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 6 u. 7. 8. Aufl.
Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte. Berlin 1899.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. München 1901, 1903, 1909.
Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstags. 12. Legislaturperiode. 1907/08.
Thöl, Das Handelsrecht. Leipzig 1879.
Verhandlungen des 1. Allgemeinen Deutschen Bankiertages in Frankfurt a. M.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

Einleitung.

Ursprung und Ausbildung des Kontokorrentverhältnisses.

Der Saldo, dessen Erörterung den Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit bildet, ist in wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung das wesentlichste Ergebnis des Kontokorrentverkehrs.

Der Kontokorrent verdankt, wie schon sein Name „conto corrente" besagt, seine Ausbildung dem mittelalterlichen italienischen Gewohnheitsrechte. Zwar fehlen nicht Versuche, auch dieses Rechtsinstitut unter Berufung auf Gaius und die Digesten[1]) auf das römische Recht zurückzuführen, nach dem heutigen Stande der Wissenschaft aber sind in den betreffenden Stellen des römischen Rechts nur dem Kontokorrent ähnliche Vorgänge zu sehen.

So waren es zunächst[2]) die italienischen Bankiers, die campsores, die in derartige Geschäftsverbindungen traten, aber schon bald machten sich mit der Entwicklung des Handels auch die anderen Kaufleute die Vorteile des Kontokorrents zunutze.

Lange Zeit blieb seine Ausbildung so dem Gewohnheitsrecht überlassen, bis ihm die Rechtsprechung des höchsten deutschen Gerichtshofes die Anerkennung eines besonderen Rechtsinstituts verschaffte (ROHG. Bd. 11 S. 143; RG. Bd. 1 S. 18, Bd. 1 S. 120) und die Gesetzgebung — zuerst noch mit loser Hand — ihn in die gesetzlichen Bahnen wies.[3])

Diesem letzteren Prinzip ist die Gesetzgebung bei der Regelung des Kontokorrents bis zum heutigen Tage treu geblieben. Zwar sind in dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch in Art. 291 Bestimmungen über den Kontokorrent getroffen und diese durch das neue Handelsgesetzbuch in §§ 355—357 erweitert worden, aber

---

[1]) Gaius IV, 64—68; Dig.: l. 4 § 1, 5; l. 6 § 3, 5, 6; l. 10 § 1 de edendo (2, 13); l. 47 § 1 de partis (2, 14); l. 41 pr. de reb. cred. (12, 1); l. 13 § 1 de dir. praescr. (44, 3) etc.

[2]) Genaueres über die geschichtliche Entwicklung s. bei Buff S. 3ff.

[3]) ALR. II, 8 § 697.

abgesehen von einigen Punkten ist dem Gewohnheitsrechte und der Rechtsprechung noch heute der größte Spielraum gelassen.

Die damit verbundenen Vorteile sind nicht zu verkennen. Es fragt sich aber, ob nicht nach langem Streit vielleicht wieder die Zeit gekommen sein dürfte, gerade in bezug auf den Saldo nicht sowohl Unbestrittenes festzustellen, als vielmehr Bestrittenes im Hinblick auf die sich ergebenden unbilligen Resultate durch gesetzliche Vorschriften in befriedigender und in einer dem Rechts- und dem Billigkeitsgefühl entsprechenden Weise festzulegen.

I. Die Entstehung des Saldos.

1. In wirtschaftlicher Beziehung.

Der Ausdruck „Saldo“ [1]) findet sich nicht in den Worten des Gesetzes, es ist dort vielmehr der ganze Vorgang, sein Zustandekommen geschildert. Nach dem Gesetz werden die aus der Geschäftsverbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und dieselben in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen. Die das vorliegende Thema behandelnden Worte gipfeln in den Ausdrücken: „daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen durch Verrechnung und Feststellung des ... Überschusses ausgeglichen werden“. Der durch die Verrechnung und Feststellung der beiderseitigen Anspüche und Leistungen gewonnene Überschuß ist der Saldo.

Diesen im Gesetz festgelegten Worten entspricht folgender Vorgang in der wirtschaftlichen Welt:

Zwei miteinander in Geschäftsverbindung stehende Personen — nach dem Handelsgesetzbuch mindestens ein Kaufmann und eine beliebige andere Person — regeln ihre gegenseitigen Ansprüche und Leistungen aus den miteinander abgeschlossenen Geschäften derart, daß nicht für jeden einzelnen Posten die umständliche Begleichung durch Geld erfolgt, sondern — den nach Vereinfachung strebenden, hochentwickelten Handelsbegriffen gemäß — in der Weise, daß die gegenseitigen Ansprüche und Leistungen gebucht und nach bestimmter Zeit durch Ausgleichung der Schlußsummen auf eine verhältnismäßig einfache Zahl gebracht werden und somit das an und für sich erforderliche Hin- und Herzahlen sehr vereinfacht, durch einen einzigen Akt ersetzt wird.

Die Buchung der einzelnen Ansprüche und Leistungen erfolgt in der Weise, daß auf der einen Seite, in der Regel auf der linken, der Soll- oder Debetseite, alle die dem Geschäftsfreunde

---

[1]) Über die private und volkswirtschaftliche Bedeutung des Kontokorrents vgl. Buff S. 55ff.

bewirkten und auf der anderen, der Haben- oder Kreditseite, alle von demselben empfangenen Leistungen der Zeit nach eingetragen werden.

Nach Ablauf der „bestimmten" Zeit werden alsdann Debet- und Kreditseite, die kleinere Summe von der größeren, voneinander abgezogen und damit die zahlreichen Ansprüche und Leistungen durch Subtraktion der Gesamtsummen der beiden Seiten in eine einzige Zahl, den Saldo, verwandelt.

2. In juristischer Beziehung.

Diese in der wirklichen Welt verhältnismäßig einfachen Vorgänge bieten bei ihrer Zergliederung juristisch manche Schwierigkeit.

Vorweggenommen und ausgeschieden sei gleich jener rechtlich unerhebliche Vorgang, den der vorsichtige Geschäftsmann durch Vergleichung der Soll- und Habenposten auch während der Kontokorrentperiode ohne Mitwirkung des anderen Teils zu dem Zwecke vornehmen wird, um zu wissen, wie die gegenseitigen Vermögensverhältnisse der vereinbarten Geschäftsverbindung liegen. Er hat nur einen rechnerischen Wert, wenn auch, wie nicht in Abrede gestellt wird, auf diese Weise eine „Feststellung" des Überschusses erfolgen kann. Aber im Gesetz hat das Wort „Feststellung" nicht den gewöhnlichen, rechnerischen Sinn.

a) Die Anerkenntnisverträge.

α) Das durch die Übersendung der Rechnung abgegebene Anerkenntnis ist auch einseitig verpflichtend.

Rechtlich bedeutsam wird die Feststellung des Überschusses, des Saldos, erst, wenn die Berechnung, anstatt eine einfache Handlung zu bleiben, auf einem Vertrage der Parteien beruht — concursu voluntatum — durch den auf Bindung gerichteten Willen der Parteien zum Rechtsgeschäfte wird.

Der so geschlossene Abrechnungsvertrag setzt sich aus einer Mehrheit von Rechtsgeschäften zusammen, nämlich aus mehreren, mindestens zwei Anerkenntnisverträgen und aus einem Aufrechnungsvertrage.

Bei der rechtlichen Erörterung folgen wir den Vorgängen in der Geschäftswelt.

Nach Abschluß der Rechnungsperiode wollen die Parteien ihre umfangreiche Rechnung durch Zurückführen auf eine einzige Summe vereinfachen. Sie kommen aus Gründen der Zeitersparnis zu diesem Zwecke nicht zusammen, sondern der Meinungsaustausch erfolgt schriftlich in geschäftsmäßiger Form. Die eine Partei stellt

eine schematische Übersicht der Debet- und Kreditposten auf, zieht deren Bilanz und übersendet diese Rechnung, den sogen. Kontokorrent, dem Korrespondenten.

Diese Zusendung hat rechtlich eine Doppelnatur.

Es liegt in ihr einerseits das verpflichtende Anerkenntnis des Übersenders bezüglich seiner Schuld, andrerseits die Offerte zu einem Anerkenntnisvertrage.

Die mit der Zusendung erfolgende Anerkennung bezieht sich auf das, was übersandt wird. Gegenstand der Übersendung sind hier die von dem einen Teil aufgestellten Kreditposten, die er dem Geschäftsfreunde zu schulden anerkennt. Und zwar erstreckt sich dieses Anerkenntnis zunächst nur auf die unter „Kredit" gebuchten Posten. Ein ferneres Anerkenntnis gibt er für die Debetposten ab, nämlich dahin, daß er die dort verzeichneten Ansprüche gegen den Korrespondenten erhebt, und zwar nur diese.

Durch die Annahme der übersandten Rechnung wird diese der Berichtigung des Zusenders entzogen. Er ist durch das in der Übersendung liegende Anerkenntnis gebunden, und der andere Teil kann sich auf das Anerkenntnis berufen (ROHG. Bd. 11 S. 141, besonders S. 143), selbst wenn er die Kreditposten nicht anerkennt. Die rechtliche Position des Zusenders ist daher ohne Zweifel gegenüber dem Empfänger, welcher die von seinem Geschäftsfreunde aufgemachte Rechnung nochmals genau durchgehen kann, verschlechtert. Man könnte daher zu der Ansicht neigen, daß nur die Rechnung im ganzen Gegenstand der Annahmeerklärung sein dürfte, und daß der Übersender der Rechnung sein Anerkenntnis über die Kreditposten nur unter der Bedingung abgegeben habe, daß auch die Debetposten anerkannt würden. Diese Meinung hat auch Anhänger gefunden.[1]) Sie ist aber nicht zutreffend. Ein Zusammenhang zwischen den beiden Anerkenntnisverträgen besteht nicht. Das Anerkenntnis wird ausgesprochen, weil der Rechnungssteller auf Grund seiner Buchführung die dem Geschäftsfreunde gutgebrachten Posten für richtig hält. Er bietet es nicht als Entgelt für das entsprechende Anerkenntnis der Gegenpartei, das von ihm abgegebene Anerkenntnis ist vielmehr durchaus selbständiger Natur und daher allein verpflichtend.

Natürlich können die Anerkenntnisse auch in rechtliche Abhängigkeit voneinander gebracht werden; dann aber ist ein besonderer Willensausdruck dazu erforderlich.

---

[1]) Endemann, HR. S. 701 B; Brückmann, HR. S. 505.

β) Das durch die Übersendung der Rechnung abgegebene Anerkenntnis enthält eine Offerte.

In der Übersendung des Rechnungsabschlusses liegt, wie oben schon kurz erwähnt wurde, gleichzeitig eine Offerte zu einem Anerkenntnisvertrage. Der Empfänger soll auch seinerseits die gezogene Bilanz auf ihre Richtigkeit und Fehlerlosigkeit hin prüfen und die Erklärung abgeben, daß die Berechnung richtig und fehlerfrei ist. Erkennt die andere Partei diesen Vertrag als richtig an, so wird hierdurch der Vertrag perfekt.[1])

Die Anerkennung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen.

Wann eine stillschweigende Anerkennung als vorliegend zu erachten ist, muß nach den näheren Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden, es ist quaestio facti, wie das ROHG. Bd. 3 S. 426 näher ausführt. Eine Verpflichtung zur sofortigen Prüfung zugesandter Kontokorrentabschlüsse und zur Mitteilung der dagegen zu erhebenden Ausstellungen binnen einer bestimmten Frist besteht nicht. Im allgemeinen läßt sich eine stillschweigende Anerkennung dann annehmen, wenn die konkreten Umstände so beschaffen sind, daß die Unterlassung des Widerspruchs keine andere Deutung gestattet. So sieht man beispielsweise in der Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nach Empfang der Abrechnung eine Anerkennung,[2]) ebenso dann, wenn gegen die Rechnung Erinnerungen erhoben, diese aber von dem anderen Teil zurückgewiesen sind (ROHG. Bd. 7 S. 427), es sei denn, daß sich der andere Teil die Geltendmachung seiner Rügen vorbehält. Auch aus anderen Umständen, z. B. aus einem Gesuch um Stundung des Saldos, kann die Absicht, anzuerkennen, gefolgert werden (Bolze Bd. 2 S. 666).

Hat so der Rechnungsempfänger stillschweigend oder ausdrücklich die Abrechnung genehmigt, so sind zwei Anerkenntnisverträge entstanden, ein vertragsmäßiges Anerkenntnis über die Debet-, ein anderes über die Kreditseite.

b) Der Aufrechnungsvertrag in seiner

α) liberatorischen Funktion. Die eigentliche Verrechnung.

Der nächste rechnerische Vorgang besteht darin, daß die Summe der Debetposten von der Summe der Kreditposten oder umgekehrt abgezogen wird. Auch hierin liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; denn der Rechnungssteller erklärt durch die Mitteilung der Abrechnung, daß die Guthaben gegeneinander aufgerechnet werden

[1]) ROHG. Bd. 2 S. 117.
[2]) ROHG. Bd. 2 S. 117; Bolze Bd. 11 S. 289.

sollen, und der Empfänger nimmt dieses Angebot durch die Zustimmung zur Aufrechnung an. Diese Aufrechnung vollziehen die Parteien freiwillig, die Abrechnung enthält somit einen Aufrechnungsvertrag.

In der Regel wird dieser von den Parteien abgeschlossen werden oder wenigstens als abgeschlossen gelten, aber er braucht es nicht, wenn auch die Vorteile eines Abschlusses sich nicht verkennen lassen.

Eine gerichtlich erzwungene Kompensation, auf die später eingegangen werden soll, bietet viele Schwierigkeiten.

Der dem Aufrechnungsvertrage zugrunde liegende Vorgang ist wiederum in der Geschäftswelt ein außerordentlich einfacher.

Die auf beiden Seiten addierten Beträge werden bilanziert, d. h. durch Subtraktion der einen von der anderen Seite wird das Endergebnis, der Saldo, ermittelt.

Die somit vorgenommene Aufrechnung oder Kompensation ist auch rechtlich anerkannt, streitig ist nur, welches die Faktoren dieser Kompensation sind.

Bis zur Beendigung der laufenden Rechnung galt der Grundsatz: Jede Forderung ist zur Kompensation jeder Gegenforderung bestimmt. In Anlehnung an diesen Satz will eine Meinung[1]) die einzelnen Kreditposten gegen die einzelnen Debetposten aufgerechnet wissen. Der aus dieser Aufrechnung resultierende Saldo würde hiernach aus den nicht getilgten Forderungen bestehen, für die keine oder keine gleichgroße Gegenforderungen vorhanden waren.

Diese Ansicht entspricht weder dem juristischen Gefühl noch dem nach Vereinfachung strebenden Wesen des Kontokorrents. Wie bei der rechnerischen Aufrechnung ist auch rechtlich nur eine Kompensation sämtlicher im Rechnungsnexus enthaltenen Forderungen mit Schluß der Rechnungsperiode zwischen den die Einzelforderungen jeder Seite zusammenfassenden Gesamtforderungen anzunehmen.[2]) Das entspricht dem Willen der Parteien, als sie in die Kontokorrentbeziehung traten. Damit verleugnen wir aber auch nicht den Rechtsgrundsatz, daß jede Forderung zur Kompensation jeder Gegenforderung bestimmt ist, sondern kommen ihm dadurch möglichst nahe, daß wir diejenige Seite, die die geringere Summe im Vergleich zur anderen aufweist, auf die Gegenseite in der Weise einwirken lassen, daß die letztere hinsichtlich aller einzelnen Posten um so viel gemindert wird, als das Verhältnis der Seite, für welche der Passivsaldo resultiert, zur anderen

[1]) Thöl, HR. § 317 I, jedoch nur für das nicht auf Vertrag beruhende Kontokorrentverhältnis.

[2]) So auch die herrschende Meinung.

ausmacht.[1]) Bei einem Kredit von 20000 Mk. und einem Debet von 5000 Mk. werden hiernach alle einzelnen Posten des Kredit um $5000 : 20000 = {}^1/_4$ gemindert. Der Saldo enthält nach dieser Methode von jedem Artikel der Kreditseite $^3/_4$; die einzelnen „$^3/_4$“ jedes Postens zusammengezählt ergeben dann, ebenso wie die Subtraktion der Gesamtsummen, einen Saldo von 15000 Mk.

Die Einzelposten werden mit dem Augenblick der Einstellung in den Kontokorrent von der Aufrechnung ergriffen, jedoch derart, daß die Stundung den Vollzug der Aufrechnung bis zum Ablauf der Rechnungsperiode hinausschiebt und darauf die geringere Summe auf die größere in der angegebenen Weise einwirkt.

Dies wird die Regel sein, daß die Debet- und Kreditseite nicht gegeneinander aufgehen, daß also ein Rest, ein Überschuß, ein Saldo bleibt.

β) Der Aufrechnungsvertrag in seiner obligatorischen Funktion — die Feststellung durch Anerkennung.

Meist läßt die Abrechnung es nicht bei der einfachen liberatorischen Funktion bezüglich der ausgeglichenen Summen bewenden, sondern es wird noch die Differenz aus den sich gegenüberstehenden Forderungsbeträgen als Schuld des einen zugunsten des anderen festgestellt. Dies ist die zweite Funktion der Abrechnung, die obligatotische,[2]) und sie erfolgt durch die in der Abrechnung liegende verpflichtende Anerkennung. Dieser Anerkenntnisvertrag, eine Unterart des Abrechnungsvertrages, ist begrifflich ein Vertrag, in dem der eine Teil anerkennt oder bekennt, dem anderen Teil nach gepflogener Abrechnung noch einen Saldo zu schulden, während die einzelnen Rechnungsposten und um so mehr der jedem Posten zugrunde liegende Sach- und Tatbestand in dem Vertrage unerwähnt bleiben.[3]) Hier hat das Anerkenntnis „eine rechtserzeugende, konstitutive, nicht eine bloß beweisende, deklaratorische Bedeutung“.[4]) Der Anerkennende verspricht, die Schuld „nicht als bewiesen, sondern als zu Recht bestehend gelten zu lassen, und verurteilt sich selbst zu ihrer Erfüllung“.[5])

Dieses in der Abrechnung liegende Anerkenntnis hat somit den Charakter eines von seiner causa abstrahierten Versprechens. Da bei der Abrechnung genügend aufklärende Momente für eine Bindung des Willens vorhanden sind, so genügt für den Abrechnungsvertrag Mündlichkeit.

---

[1]) Greber S. 104.
[2]) Bähr § 56.
[3]) Staudinger § 782 I, 2; Mot. Bd. 2 S. 691.
[4]) Grünhut in Endemanns Handb. S. 950.
[5]) Unger, Jahrb. f. Dogm. Bd. 8 S. 215.

II. Der Saldo selbst.

1. Die Saldofeststellung.

a) Sie erzeugt eine selbständige Forderung.

In der Loslösung des Rechnungssaldos von seiner causa, in der abstrakten Schuldbegründung, liegt eine der Hauptbedeutungen des Kontokorrentvertrages. Der Schuldner ist nun nicht mehr genötigt, auf die den Saldo bildenden einzelnen Teile, die als abgetan gelten, zurückzugehen, sondern dieser allein bietet ihm einen ausreichenden Klagegrund, wie von Literatur und Praxis jetzt übereinstimmend angenommen wird.[1])

Diese Selbständigkeit des Saldos ist auch von dem Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt, nachdem sich auch schon im gemeinen Recht diese Ansicht hauptsächlich in der Praxis, aber auch in der Theorie durchgerungen hatte.[2])

Der Saldogläubiger wird dadurch in die günstige Lage versetzt, bei der gerichtlichen Geltendmachung seines Guthabens sich nur auf die neue Einigung berufen zu dürfen, ohne die früheren Einzelposten prozessualisch begründen und beweisen zu müssen.[3]) Diese selbständige Geltendmachung des Saldos kommt aber nur dem festgestellten, nicht dem nur gezogenen Saldo zu.[4])

Wenn somit ein festgestellter Saldo vorliegt, braucht die Richtigkeit der ursprünglichen Posten nicht mehr dargetan zu werden.[5]) Die einzelnen Posten haben ihre Individualität verloren und kommen nur als Elemente des Ganzen, des Saldos, in Betracht, zu dem sie durch die Abrechnung verschmolzen sind. Es ist sogar keinem Teil gestattet, auf sie zurückzugehen.[6]) Wenn die zunächst auf die Saldofeststellung gerichtete Klage nachträglich

---

[1]) Literatur bei Grünhut, Zeitschr. S. 513 Anm. 10.

[2]) Windscheid-Kipp § 412b Note 7; Bähr § 55; Endemann Bd. 3 S. 950.

[3]) JurW. 1892 S. 508, 10.

[4]) RG. Bd. 32 S. 90.

[5]) ROHG. Bd. 3 S. 4, Bd. 10 S. 55.

[6]) RG. Bd. 28 S. 36; Gruchot Bd. 47 S. 676; JurW. 1903 Beil. 35, 1904 S. 151, 27.

auf die einzelnen Posten gestützt wird,[1]) so ist dies als Klagänderung anzusehen.

Auch in Beziehung auf den Gerichtsstand ist das durch Anerkennung geschaffene Saldoguthaben als selbständig zu erachten. Der für die einzelnen Posten begründete Gerichtsstand, z. B. derjenige des Vermögens (§ 23 ZPO.), ist nicht maßgebend für den Saldo.[2]) Es kommt vielmehr darauf an, ob der Saldo zur Zeit der Klageerhebung bereits gezogen ist und für den Beklagten sich ein Aktivsaldo ergeben hat.[3])

Den Charakter als selbständige Forderung verliert der Saldo, wenn er mit Zustimmung beider Parteien auf neue Rechnung vorgetragen wird. Er wird damit zu einem bloßen Faktor der neuen Rechnung und kann nicht mehr abgesondert geltend gemacht werden.[4])

In der vollzogenen Abrechnung und der dabei abgegebenen Anerkennung des Rechnungsabschlusses liegt aber ferner die Erklärung, daß weitere Ansprüche aus dem Kontokorrent nicht vorhanden sind, daß also sämtliche Geschäfte, welche innerhalb der Kontokorrentperiode in die Kontokorrentrechnung aufgenommen sind oder aufzunehmen waren, als mit verrechnet gelten. Macht also eine Partei gegen die andere eine Forderung geltend, die nach ihrer Natur eine Kontokorrentforderung ist und vor Rechnungsabschluß entstanden ist, so spricht für die andere Partei, wenn eine Abrechnung vollzogen ist, eine praesumtio juris dahingehend, daß die betreffende Post in der Abrechnung berücksichtigt worden ist. Sie kann also die Einrede der Abrechnung geltend machen. Diese negative Wirkung der vollzogenen Abrechnung entspricht dem praktischen Bedürfnis der Handelswelt; denn sie bedingt eine endgültige Regelung der zwischen den Kontokorrentisten oft recht verwickelten geschäftlichen Beziehungen.

b) Einwendungen gegen den Saldo sind zumeist ausgeschlossen.

Einwendungen gegen die Richtigkeit einzelner Posten oder gegen die Vollständigkeit der anerkannten Rechnung und allgemeine Rügen sind bedeutungslos,[5]) ebenso das bloße Bestreiten oder der Hinweis, daß der Beklagte seine Bücher schlecht geführt hat.[6])

---

[1]) ROHG. Bd. 10 S. 102.
[2]) JurW. 1894 S. 422, 5.
[3]) RG. Bd. 44 S. 388.
[4]) ROHG. Bd. 16 S. 309; RG. Bd. 10 S. 54, Bd. 18 S. 248; JurW. 1904 S. 151, 27.
[5]) ROHG. Bd. 3 S. 431, Bd. 11 S. 276.
[6]) ROHG. Bd. 11 S. 140.

Will eine Partei eine Forderung auf Grund einer abgesonderten Post geltend machen, so kann sie dies nur dadurch erreichen, daß sie den Beweis erbringt, daß die betreffende Post in der Abrechnung nicht begriffen gewesen ist, daß sie gemäß der Vereinbarung entweder ihrer Art nach überhaupt nicht dazu gehört hat oder davon ausgeschlossen worden ist. Beruft sich dagegen eine Partei darauf, daß eine gewisse Post, von der es zweifelhaft ist, ob sie in den Kontokorrentnexus gehört oder nicht, in der Abrechnung begriffen gewesen ist, so hat der andere Teil, welcher diese abgesonderte Post geltend machen will, zu beweisen, daß sie als zum Kontokorrent nicht gehörig noch nicht verrechnet ist, denn im Zweifel ist anzunehmen, daß für die abgelaufene Rechnungsperiode alles verrechnet ist.[1])

Nahe liegt es, daß bei der bisweilen sehr komplizierten Rechnung ein Rechnungsfehler unterläuft. Wie ist hier zu verfahren?

Im gemeinen Recht konnte jederzeit auf Berichtigung eines Rechnungsfehlers gedrungen werden, sogar dann noch, wenn der fehlerhafte Betrag in neue Rechnung übergegangen war, denn das Anerkenntnis des Rechnungsergebnisses beseitigte den Fehler nicht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält für diesen Fall keine besondere Regelung. Es ist jedoch zu beachten, daß ein Rechnungsfehler nicht mit einem Schreibfehler identisch und daher auch nicht nach § 119 Abs. 1 BGB. anzufechten ist. Dies folgt aus seiner Entstehung und den sie begleitenden Umständen. Er wird nämlich nicht von einer Partei begangen, sondern von beiden, denn beide Parteien sind zur Abrechnung verpflichtet; der Übersender hat vor Zustellung berechnet, der Empfänger ist nach Empfang zur Prüfung der Richtigkeit und Fehlerlosigkeit verpflichtet. Unterläßt letzterer aber die Nachrechnung, indem er auf die Richtigkeit der ihm übersandten Rechnung ohne weiteres vertraut, so liegt kein Grund vor, ihn in diesem Vertrauen zu schützen.

Somit bleibt für den Geschädigten nur der Anspruch auf Herausgabe des auf Grund des Rechnungsfehlers grundlos Geleisteten übrig. Ist die Leistung durch Erfüllung der Saldoforderung noch nicht erfolgt, so kann sie auf Grund des Rechnungsfehlers noch jederzeit verweigert werden (§ 821 BGB.).

Diese Ausführungen betrafen aber nur einen Rechnungsfehler, der bei der Abrechnung selbst entstanden ist; ist er dagegen bei der Einsetzung eines einzelnen Betrages entstanden, so ist dieser

[1]) Bähr S. 223; Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 S. 406.

Fehler nur durch Anfechtung der einzelnen Posten und unter den dafür gegebenen Voraussetzungen zulässig.

Ist in der Abrechnung einer Partei ein Posten gutgebracht, der in Wirklichkeit nicht bestand, und ist in Unkenntnis davon die Abrechnung anerkannt, so liegt kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor, denn der Anerkennende hat mit seinen Worten den Sinn verbunden, den sie nach dem Sprachgebrauch haben. Vielmehr war für ihn die Annahme, daß der eingesetzte Posten bestehe, nur Beweggrund, das Anerkenntnis auszusprechen. Er kann daher nur aus der ungerechtfertigten Bereicherung klagen, denn durch die Annahme empfing der, dem die nicht bestehende Post gutgeschrieben ist, von der Gegenpartei eine Leistung, die des rechtlichen Grundes entbehrt, und dadurch, daß sie mittelbar zur Aufrechnung verwendet worden ist, ist für sie eine Befriedigung erfolgt, die nur dann nicht zurückgefordert werden könnte, wenn der Leistende das Nichtbestehen der Schuld gekannt hätte (§ 814 BGB.).

Außer auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung kann der Saldo noch angefochten werden unter den Voraussetzungen des Irrtums, Betrugs und Zwanges. Es ist aber zu beachten, daß diese Anfechtungsgründe sich nur gegen den Anerkenntnisvertrag als solchen richten dürfen.[1]) Das alte Handelsgesetzbuch hatte hier in Art. 294 noch besonders aufgenommen, daß die Anerkennung einer Rechnung den Beweis eines Irrtums oder eines Betruges nicht ausschließt. Diese besondere Erwähnung der Zulässigkeit der Anfechtung hat sich jetzt durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die ungerechtfertigte Bereicherung erübrigt.

Mehr einer alten Gewohnheit folgend als in dem Bewußtsein, irgendwelche Rechtsfolgen damit begründen zu wollen, setzen die Parteien bei der Abrechnung durch einen Vermerk auf dem Kontokorrent die Klausel hinzu:

Salvo errore et omissione (S. E. & O.) = Irrtum vorbehalten.

Diese Klausel ist natürlich nicht imstande, irgendwelche nicht im Gesetz begründete Rechtsfolgen zu erzeugen. Sie enthält auch nicht, wie das ROHG. Bd. 6 S. 426 annimmt, „geradezu die Aufforderung an den Empfänger", die Rechnung nach Zusendung auf ihre Richtigkeit und Fehlerlosigkeit hin zu prüfen, denn diese Pflicht knüpft sich bereits an den Empfang der Rechnung. Ihr kommt vielmehr mit ihrer Bedeutung, daß irrtümliche Buchungen und Auslassungen weder dem Übersender noch dem Empfänger

[1]) RG. Bd. 2 S. 338.

zum Nachteil gereichen sollen,[1]) nur eine buchmäßige oder arithmetische Bedeutung zu.[2]) Sie begründet aber keine Anfechtung wegen Irrtums, wenn diese nicht bereits nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegeben ist.[3])

Wir haben bisher gesehen, daß die Geldforderungen selbst, soweit sie in den Kontokorrent aufgenommen worden sind, nicht mehr selbständig geltend gemacht werden können. Insofern jedoch das Klagepetitum der einzelnen Posten nicht auf Zahlung oder Befriedigung gerichtet ist, steht einer Klage bezüglich eines einzelnen Kreditpostens nichts entgegen, wie schon daraus hervorgeht, daß die nicht pekuniäre Seite gar nicht in den Kontokorrentnexus gehört. So kann der Käufer auf Herausgabe der Sache, der Mieter auf ordnungsmäßige Instandsetzung des Mietobjektes klagen u. dgl., während die in den Kontokorrent aufgenommenen Posten dadurch in ihrer Eigenschaft als Kontokorrentposten nicht berührt werden.

c) In der Begründung der Saldoforderung liegt eine Novation.

Die Bedeutung der Selbständigkeit des festgestellten Saldos liegt im wesentlichen darin, daß der Gläubiger bei seiner gerichtlichen Geltendmachung nicht mehr gezwungen ist, auf die einzelnen Posten der Kontokorrentrechnung zurückzugehen, sondern daß ihm der Saldo selbst einen genügenden Klagegrund bietet. Die Vorteile liegen demnach auf prozessualem Gebiet, die materiellen Beziehungen des Saldos zu den Einzelposten werden jedoch dadurch nicht berührt. Es entsteht so die weitere Frage: Ist nicht auch in materieller Beziehung der Saldo selbständig und unabhängig von seinen früheren Rechtsbeziehungen, m. a. W., enthält er eine Novation oder behält er seine Beziehungen zu den Einzelposten und tritt er nur neben diese, hat er nur akzessorische Natur?

Diese Frage wird wichtig, wenn eine Parteiabrede nach dieser oder jener Richtung hin nicht getroffen ist. Mangels einer gesetzlichen Regelung ist es daher Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung, aus dem Wesen des Kontokorrentvertrages heraus eine zutreffende Lösung zu finden.

Wir kennen nach dem Vorhergehenden das Wesen und den Verlauf des Kontokorrents. Sind in ihm die Vorgänge der Novation zu finden?

---

[1]) ROHG. Bd. 9 S. 276.
[2]) So auch Grünhut in Endemann Bd. 3 S. 950.
[3]) vgl. ROHG. Bd. 3 S. 426, Bd. 11 S. 276.

Ulpian definiert die Novation:

„novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio".[1])

Darnach sind die Voraussetzungen der Novation, daß eine Forderung besteht, und daß diese neuerdings versprochen wird, und zwar in der Absicht, die alte Forderung durch die neue zu ersetzen.

Schon Bähr[2]) beschäftigt sich mit unserer Frage, mißt ihr aber nur untergeordnete Bedeutung bei, da bei Annahme einer nur akzessorischen Stipulation eine Verfolgung der Forderungen doch nur noch insoweit möglich ist, als sie dabei nicht zur Aufrechnung gekommen seien. — Dieser Beantwortung ist für den Fall beizustimmen, daß Debet- und Kreditseite in ihrer Höhe so gut wie gleich sind. Was aber dann, wenn ihr Betrag sehr verschieden ist und der einzelne Posten nur in sehr geringem Umfange von der Aufrechnung ergriffen wird? — Dann kommt ihr doch wohl eine große Bedeutung zu! — In der Abrechnung selbst sieht Bähr nur eine akzessorische Stipulation, eine Novation erst bei einem in der Beziehung hervortretenden Willen. Er fährt jedoch dann fort: „Wo aber eine eigentliche Abrechnung vorkommt, da werden die Parteien auch regelmäßig diese Absicht — nämlich die der Novation — haben". Im Falle einer „Abrechnung" stellt er sonach eine Vermutung für die Novation auf.

Ähnlich Staub.[3]) Nach ihm tritt durch die gegenseitige Feststellung des Saldos eine Novation ein, weil der Kontokorrentvertrag eine am Schlusse der Rechnungslegung vorzunehmende Novation enthielte. Diese Novation ergab sich, wie er weiter ausführt, schon aus den Worten des Gesetzes: „durch Verrechnung" und „ausgeglichen", die stets in der juristischen Sprache im Sinne von „rechtlicher Tilgung und Beseitigung" gebraucht würden.[4])

Als eine „quaestio voluntatis" bezeichnet Grünhut[5]) die Frage, ob eine Novation vorliege oder nicht. Im Zweifel nimmt er sie an, denn der Saldo könnte nur als eine an Stelle der alten mit Absorption derselben als Erfüllungsäquivalent getretenen neuen Forderung (novum nomen) angesehen werden, und zwar so, als ob die Restschuld bezahlt und die gezahlte Summe wieder zurückgegeben worden wäre.

Als Verteidiger des Novationscharakters der Saldoanerkennung sind noch Dernburg, Düringer-Hachenburg (§ 355 Note

---

[1]) D. 46, 2, 1 pr.
[2]) S. 56.
[3]) Staub § 355 Anm. 2.
[4]) vgl. auch Lehmann, Lehrb. d. HR. 1908 S. 779.
[5]) Grünhut in Endemanns Handb. S. 952.

VIII,1), Greber[1]) und die von letzterem Zitierten: Scherer, Buhl, Brinkmann, Kunze, Goldschmidt zu nennen.

Infolge der Bestimmungen in § 356 HGB., der die für einen Einzelposten bestellten Sicherheiten in Höhe der Saldoforderung für diese fortbestehen läßt, scheint Dernburg jedoch den Novationscharakter zu leugnen. Es ist aber zweifelhaft und noch später näher zu behandeln, ob der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des § 356 HGB. einen derartigen Eingriff in das Wesen des Kontokorrentvertrages bezweckte, und ob er nicht vielmehr diesen Paragraphen lediglich aus praktischen Bedürfnissen heraus und unabhängig von dem Wesen des Kontokorrents geschaffen hat.

Greber[2]) folgert aus dem mit der Abrechnung der Parteien verbundenen Willen heraus, daß die Saldoanerkennung eine Novation enthielt, denn die Abrechnung ziele darauf hinaus, mit den früheren Geschäften „tabula rasa" zu machen, alles soll „abgemacht" sein. Wer ein Anerkenntnis bezüglich des Saldos abgebe, sei sich der Tragweite seiner Handlungsweise bewußt, und deshalb läge kein Grund vor, einem solchen Akt die ihm gebührende Stellung zu versagen.[3]) Diese auf einer eingehenden Untersuchung beruhende Ansicht ist sehr einleuchtend, hat aber den Fehler, daß sie sich allein an die tatsächlichen Vorgänge hält, ohne die juristischen zu beachten.

Nicht ganz auf dem Boden der Novation steht Goldschmidt,[4]) der in der Saldoanerkennung einen novationsähnlichen Rechtsakt sieht.

Es fehlt aber auch nicht an Gegnern dieser Meinung, die in der Abrechnung keine Novation erblicken. So hält Cosack[5]) das Saldoanerkenntnis nur für eine akzessorische Stipulation und findet in der Gesetzesbestimmung des § 356 eine Bestätigung seiner Ansicht. Er sieht aber in dem Vortrag des Saldos auf neue Rechnung eine Novation.[6])

Auch Regelsberger sieht in der Begründung der Saldoforderung nur eine akzessorische Stipulation, in der Bildung der Gesamtsummen dagegen Novationen. Er beantwortet die Frage, ob Novation oder nicht, aus dem Verlauf der Abrechnung heraus, d. h. „bei der Abrechnung stehen die Parteien vor einem „Entweder—Oder". Wollen sie tilgen, so müssen sie den Untergang

---

[1]) Greber S. 117.
[2]) Greber S. 117 ff.
[3]) Greber S. 125 ff.
[4]) Goldschmidt, System 4. Aufl. S. 205.
[5]) Cosack § 69 I Ziff. 8.
[6]) Näher ausgeführt bei Mohr S. 94 ff. und Literaturverzeichnis bei Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 16 Anm. 9.

der Forderungen in den Kauf nehmen. Wollen sie den Fortbestand der Forderungen, so müssen sie auf das Tilgungsgeschäft verzichten". Und diese Novationen vollziehen sich nach ihm nicht bloß im Zweifel, sondern immer, eine Verwahrung dagegen wäre eine „protestatio facto contraria". Ob sich die Parteien ihres Novationswillens dabei bewußt seien, sei ohne Bedeutung, der Wille liege im Hergang ausgeprägt, der entgegengesetzte Wille würde das Zustandekommen des Abrechnungsgeschäftes vereiteln.[1])

Eine für einzelne Fälle recht einleuchtende, für andere aber um so weniger passende Erklärung bringt Rießer.[2]) Er lehrt, der ganze Streit hierüber sei gleichgültig. Das Erlöschen der accessoria ergebe sich aus der von den Parteien gewollten und mittels gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos durchgeführten Einheitlichkeit der Kredit- und Debetmasse". Damit sei die Unterscheidbarkeit der Einzelposten weggefallen und somit auch die für die einzelnen Posten bestehenden accessoria. — Hier drängt sich aber die Frage auf, was dann, wenn die Unterscheidbarkeit noch vorhanden ist, wenn also sehr wenige Posten nur in Rechnung stehen? — Im übrigen hält er einen animus novandi nicht für vorliegend, da er sich schon nicht mit den bei der Abrechnung gebräuchlichen Ausdrücken „Übertragung" und „Vortrag" vertrage. — Diese in der kaufmännischen Buchführung gebräuchlichen Ausdrücke sind aber derart zur Gewohnheit geworden, daß sie eben nur Worte sind, um einen Vorgang zu veranschaulichen, und daß trotzdem sehr wohl der animus novandi vorhanden sein kann. Sagt nicht auch Ulpian: „translatio atque transfusio"?

Auch die Gerichtspraxis hat in vielen Fällen Gelegenheit gehabt, sich über diese Frage auszusprechen. Das Reichsoberhandelsgericht hat eine einheitliche Ansicht nicht geäußert. In einigen Entscheidungen scheint es eine Novation anzunehmen (ROHG. Bd. 2 S. 139, 443, Bd. 9 S. 217, Bd. 11 S. 276), in anderen dagegen behauptet es, daß aus der konsumierenden Wirkung der Einzelposten durch den Saldo eine Novation der einzelnen Schuldverhältnisse noch nicht folge (ROHG. Bd. 11 S. 143, Bd. 20 S. 261).

Das Reichsgericht hat zunächst den Novationscharakter der Saldofeststellung angenommen (Bd. 3 S. 18—19, Bd. 10 S. 55), später aber hat es ihn verworfen (Bd. 18 S. 246 ff., Bd. 32 S. 90).

Die eingehende Erörterung der Meinungen in Wissenschaft und Rechtsprechung, ob eine Novation vorliegt oder nicht, war erforderlich wegen der praktischen Bedeutung der Frage. Enthält

---

[1]) Näheres bei Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 11.
[2]) Levy-Rießer S. 190.

nämlich die Abrechnung eine Novation, so werden durch sie sämtliche in die Berechnung gezogenen Einzelforderungen aufgehoben und die mit ihnen verbundenen Nebenrechte und Vorgänge, wie Bürgschaften, Pfandrechte, Zinsverpflichtungen, Vorzug im Konkurs, Schiedsgerichtsabrede u. a. Keine Partei kann eine verrechnete Forderung durch Klage oder Aufrechnung geltend machen, für keinen der Einzelposten läuft die für ihn geltende Verjährung; Vorzugsrechte und Sicherheiten, die für eine Einzelforderung bestanden, gelten nicht für die Saldoforderung.

Die Ansichten über den Novationscharakter der Abrechnung sind verschieden in ihrem Resultat je nach den Voraussetzungen, von denen sie ausgehen, und aus denen heraus eine Erklärung versucht wird.

Wir halten daran fest, daß aus den der Abrechnung anhaftenden juristischen Vorgängen sich nicht für oder gegen die Novation vermuten läßt. Aber die ganze Entwicklung dieses Rechtsinstituts, der Wille, den die Parteien mit der Abrechnung verbinden, im Einklang mit den fortschrittlich gearteten und nach Vereinfachung strebenden Handelsbegriffen, weisen uns den rechten Weg.

Der Zweck des Kontokorrents soll eine Vereinfachung der gegenseitigen Beziehungen durch Aufrechnung sowie die Umwandlung der bisherigen Schuldverhältnisse in einen einzigen neuen Schuldgrund, nämlich den Anspruch aus dem anerkannten Saldo, sein. In prozessualer Beziehung war diese Selbständigkeit des Saldos erreicht. Er soll aber auch in materieller Beziehung selbständig sein. Auch die Denkschrift[1]) besagt, die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche solle durch periodische Feststellung eines einzelnen Forderungspostens ersetzt werden — ein einziger Forderungsposten in prozessualer und materieller Beziehung selbständig, das ist das Losungswort bei dem Kontokorrent. Sowohl Saldogläubiger als Saldoschuldner wollen nach getaner Arbeit neu beginnen, die alten Geschäfte sollen abgetan sein, keiner von ihnen soll auf sie zurückkommen dürfen. Kommt die Zeit, wo die Anerkennung des Saldos verlangt wird, so weiß jeder, daß er sich seines Rechtes bezüglich der Einzelposten durch das Anerkenntnis begibt. Darum soll er diese Prüfung genau vornehmen und dann frischgemut das Alte aufgeben oder dem anderen Teil erklären: „Ich will diese alten Rechte nicht aufgeben, ich will mir vorbehalten, auf sie zurückzukommen". Hier treten Novation und akzessorische Stipulation in ihren Vorteilen und Nachteilen scharf hervor! Die Novation als etwas Neues, Gesundes, mit dem der

[1]) Denkschr. S. 197.

Handel zu operieren vermag, die akzessorische Stipulation als etwas Altes, das allerhand Angriffen ausgesetzt ist. Aber der Handel ist praktisch, der Kaufmann will Klarheit über die Beziehungen zu seinem Geschäftsfreunde, er will nicht, daß das Resultat seiner Geschäftsbeziehungen nur neben die in ihr enthaltenen und vielgearteten Posten tritt, denn ihm fehlt „jede praktische Spitze".[1])

Darum liegt u. E. in der Abrechnung im Zweifel eine Novation, und zwar sehen wir sie in der Begründung der Saldoforderung, sind uns dabei aber bewußt, daß die Novation mit der Abrechnung nicht durchaus verbunden sein muß, wie Regelsberger annimmt, sondern daß bei einem entgegenstehenden Willen diese Novationseigenschaft auch fehlen kann.

Wir haben die Entstehung der Novation in die Begründung der Saldoforderung verlegt und halten dafür, daß auch hier die Umwandlung aus einer alten in eine neue Forderung stattfindet. Wenn Regelsberger in der Begründung der Gesamtsummen „die neue Forderung" sieht, so greift er mitten in die Umwandlung der alten in die neue Forderung hinein, aber die wirklich „neue Forderung" ist auch nach dem Willen der Parteien erst die Saldoforderung. Die Gesamtsummen mögen in anderer Beziehung ihre selbständige Bedeutung haben, hier bei der Frage nach der Novation kümmern sie nicht, denn sie sind nur ein Mittel zur Begründung der neuen Forderung, nicht aber diese selbst, sie sind nur ein Erzeugnis des rechnerischen Vollzuges der Abrechnung, das juristisch nicht in Betracht kommt. Juristisch allein erheblich ist der endgültige Erfolg des rechnerischen Vorganges, der Saldo.

Auf Grund dieser Ansicht nehmen wir auch alle mit der Annahme einer Novation verbundenen Härten mit in Kauf; sie sind damit nicht unvereinbar.

d) Der Saldo unterliegt einer von der für die Einzelposten gegebenen abweichenden Verjährung.

Der Saldo unterliegt als selbständige Forderung nicht den kurzen zwei- oder vierjährigen Verjährungsfristen der Einzelposten, sondern er verjährt erst nach dreißig Jahren vom Tage des Kontokorrentabschlusses an.[2]) — Greber[3]) gibt hier zwei wohl zutreffende Anregungen de lege ferenda mit Rücksicht auf das in anderen Handelsgesetzbüchern bereits berücksichtigte Interesse des Handelsverkehrs. Er fordert nämlich für den Saldo eine kürzere

[1]) Grünhut in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 953.
[2]) Bolze Bd. 16 Nr. 144, Bd. 14 Nr. 351 c.
[3]) Greber S. 92.

Verjährungsfrist und gemäß § 101 GVG. die Verweisung jeder Saldoklage an die Kammer für Handelssachen. Beide Anregungen sind im Interesse des Handelsverkehrs wohl begründet und bei einer so notwendigen Neuregelung der Bestimmungen über den Kontokorrent der Berücksichtigung zu empfehlen.

e) Der Erfüllungsort des Saldos.

Als Erfüllungsort für den Saldo gilt gemäß § 269 BGB. der Wohnsitz bezw. die gewerbliche Niederlassung des Saldoschuldners, wenn nicht aus der Abrede oder den Umständen etwas anderes zu entnehmen ist. Dies wird aber meistens der Fall sein. So ist beim Giroverkehr Erfüllungsort der Wohnsitz des Bankiers, bei einem Kontokorrent zwischen Kommissionär und Kommittent auch für den Kontokorrentsaldo des ersteren seine Niederlassung.[1] Ist in den Geschäftsbedingungen, denen sich der Kommittent unterworfen hat, ein bestimmter Erfüllungsort oder Gerichtsstand vereinbart, so ist der Wille der Parteien dahin auszulegen, daß er auch für die Klage aus dem anerkannten Saldo gilt. Das Reichsgericht hatte hierin früher die gegenteilige Ansicht, ist aber jetzt dieser Ansicht beigetreten.[2]

2. Die Zeit der Saldofeststellung und die Dauer des Kontokorrents.

Gemäß § 355 Abs. 2 HGB. findet die Saldofeststellung alljährlich statt, jedoch nur, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Damit ist den Parteien über die Dauer der Kontokorrentperiode der größte Spielraum gelassen. — Die Begründung für die zeitweise Abrechnung ist daraus ersichtlich, daß der Stand der Schuldbeziehungen zwischen den Kontokorrentisten von Zeit zu Zeit klargestellt, und daß das Resultat der Handelsbeziehungen auf eine Schlußziffer gebracht werden muß.[3] — Der Reziprozität des Kontokorrents entsprechend ist diese Zeit für beide Teile gleich und ganz bestimmt, ob durch Vereinbarung oder durch Gesetz festgelegt, damit sich die Parteien genau bewußt sind, zu welcher Zeit event. die Pflicht zur Zahlung an sie herantritt. — Die Festlegung der Zeit der Rechnungsperiode ist aber auch insofern wesentlich, als erst bei Abschluß der Rechnungsperiode die noch vorhandenen Zinsen kapitalisiert bezw. vom Kapital in Abzug gebracht werden. So dürfen z. B., wenn die Kontokorrentperiode

[1] JurW. 1900 S. 271, 1; RG. bei Holdheim Bd. 8 S. 190; JurW. 1892 S. 126.
[2] DJZ. Bd. 8 S. 249; JurW. 1903 S. 175, 6, 1899 S. 364, 4.
[3] ROHG. Bd. 12 S. 72.

mehrere Jahre umfaßt, bei der endgültigen Abrechnung mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 355 Abs. 2 HGB. nicht etwa ein oder mehrere Rechnungsabschlüsse fingiert und von diesen fingierten Saldos Zinsen berechnet werden, sondern es ist für den ganzen Zeitraum nur eine Bilanz zu ziehen und das sich ergebende Endresultat als Saldo zu behandeln. Diese langen Perioden werden aber eine Ausnahme bilden. Im allgemeinen wird sich ihre Länge nach der Art des betreffenden Geschäftsverkehrs richten, und es ist je nach Lage des Einzelfalls zu prüfen, was die Parteien gewollt haben. Für den Bankverkehr beträgt die Periode usancemäßig ein halbes Jahr, im offenen Warenverkehr dagegen meist nur ein Vierteljahr. Das Gesetz hat bei fehlender Vereinbarung die Zeit der Periode auf ein Jahr festgesetzt, indem es dabei einen alten Gewohnheitsrechtssatz anerkannt hat. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß Geschäfts- und Kalenderjahr zusammenfallen müssen, d. h. daß die Periode vom 1. 1. bis 31. 12. mangels Abrede laufen muß, sondern nur, daß ein Jahr nach Beginn des Kontokorrents der Rechnungsabschluß erfolgen muß. — Gegenüber der durch Vereinbarung festgelegten Zeit der Kontokorrentperiode kann ein freies Kündigungsrecht nicht Platz greifen. Trotzdem bleibt es den Parteien unbenommen, aus Geschäftskulanz oder deswegen, weil sie am weiteren Verkehr miteinander kein Interesse haben, den Kontokorrent vor Ablauf aufzulösen oder bei einseitiger Kündigung derselben freiwillig zu entsprechen. Fehlt eine Parteiabrede über die Dauer der Rechnungsperiode, so ist nach § 355 Abs. 3 HGB. zu vermuten, daß das jederzeitige Kündigungsrecht demjenigen gebührt, dem nach der Rechnung ein Überschuß zusteht.

Mit dem periodischen Rechnungsabschluß braucht der Kontokorrent zwischen den Parteien nicht aufzuhören, denn der Rechnungsabschluß ist nicht der Kontokorrentabschluß. Der seitherige Kontokorrent findet zwar mit jedem periodischen Rechnungsabschluß sein Ende, wird aber der Saldo, statt bezahlt zu werden, in neue Rechnung vorgetragen, so dauert der Kontokorrentverkehr fort, jedoch wird nicht der frühere Kontokorrent fortgesetzt, sondern mit der neuen Rechnung wird ein neuer Kontokorrent eröffnet.

Eine Beendigung des Kontokorrents tritt ein, wenn die Gründe wegfallen, die „in der inneren, ein besonderes persönliches Vertrauen involvierenden Natur des Kontokorrents“ [1]) liegen. So findet er seinen Abschluß durch den Tod, Konkurs, den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Kontokorrentisten. Dabei wird

---

[1]) Grünhut in seiner Zeitschr. Bd. 3 S. 509, 527; in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 947, 932.

durch den Tod der augenblicklich bestehende Saldo Nachlaßschuld oder Nachlaßforderung. Der Rechtsnachfolger ist weder berechtigt noch verpflichtet, den Kontokorrent mit dem Korrespondenten fortzusetzen. Entsprechend verhält es sich auch bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Kontokorrentisten. — Im Falle des Konkurses ist, falls der Saldogläubiger in Konkurs geraten ist, der Überschuß zur Konkursmasse einzuzahlen. Ist dagegen der Saldoschuldner in Konkurs geraten, so meldet der andere Teil seine im Saldo enthaltenen Forderungen als Konkursforderung an und erhält, abgesehen von etwaigen, für einzelne Forderungen bestehenden Vorzugsrechten, die natürlich ihre Wirksamkeit behalten, die Konkursdividende als anteilsweise Befriedigung gleich jedem anderen Konkursgläubiger.

Der Rechnungsabschluß zeitigt das Endresultat des Kontokorrents, den Saldo. Seine Zahlung kann von demjenigen, zu dessen Gunsten er lautet, verlangt werden, jedoch ist der Vereinbarung der Parteien keine Schranke hierbei gesetzt; es kann Stundung, datio in solutum oder Fortsetzung des Kontokorrents vereinbart und in letzterem Falle der Saldo auf neue Rechnung vorgetragen werden.

3. Verzinslichkeit des Saldos und Provisionen.

Mit der Verzinslichkeit[1]) des Saldos begegnen wir dem seltenen Fall, daß durch das Gesetz selbst festgestellt ist, daß Zinsen von Zinsen erhoben werden dürfen. — Aber nur dann soll der Saldo verzinslich sein, wenn die einzelnen Posten verzinslich waren. Diesen einfachen Satz hat das Gesetz durch die Worte ausgedrückt: „... daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt ..., so kann derjenige ... vom Tage des Anschlusses an Zinsen von dem Überschusse verlangen". — Man hat die Worte „nebst Zinsen" und „in Rechnung gestellt" in Verbindung bringen zu müssen geglaubt und hat hieraus gefolgert, daß die Verzinslichkeit der Einzelposten zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Kontokorrents gehören.[2]) Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Denkschrift besagt, es sollte nur Voraussetzung der gesetzlichen Verzinslichkeit des Saldos sein, daß auch die einzelnen Posten verzinslich seien, nur dann erscheine es gerechtfertigt, den Saldo als einen selbständigen „zinstragenden Posten" zu behandeln. Man hat also „nebst

[1]) Über die verschiedenen Methoden der Ermittlung von Zinsen vgl. Busch S. 74 ff.

[2]) Cosack § 69 I, 10 bejaht diese Frage; Staub § 355 Anm. 33 verneint sie; ebenso Greber S. 12.

Zinsen" mit „aus der Verbindung entspringenden" zusammenzuziehen und die Verzinslichkeit der Einzelposten zwar als „naturale" des Kontokorrents, nicht aber als das Wesen begründendes Faktum des Kontokorrents zu betrachten. — Die Verzinslichkeit des Saldos wird aber die Regel sein, da sich ein Handelsbrauch in dem Sinne herausgebildet hat, daß wenn zwei Personen miteinander im Kontokorrentverkehr stehen, jede der anderen vom Tage jedes Kreditpostens Zinsen berechnen kann, und zwar für die ganze Dauer der Kontokorrentperiode.

Dem Einwand Mohrs,[1]) daß Staub hier einen Handelsbrauch zu Unrecht annehme, weil es auch „Kontokorrentverkehr ohne Zinsenberechnung" gäbe, ist nicht zuzustimmen. Sollten einzelne Fälle einen Brauch, eine Regel beseitigen können? — Es genügt, daß die Verzinslichkeit der häufigere Brauch ist. — Wenn so die Einzelposten verzinslich waren, so können gemäß § 355 HGB. auch vom Saldo Zinsen verlangt werden, und zwar auch insoweit, als in demselben schon Zinsen enthalten sind. Wie ist nun die Verzinslichkeit des Saldos zu erklären? — Nach Grünhut[2]) ist sie die Folge einer Handelsgewohnheit und der regelmäßigen Annahme einer novatorischen Wirkung der Saldoanerkennung. Letztere bewirkt, so führt er aus, daß es oft so angesehen werde, als ob das Hin- und Hergeben des Saldos stattgefunden hätte und die früheren Zinsen dadurch ihre Existenz als solche verloren hätten. Die Erklärung ist annehmbar, wenn wir ihr auch nicht beitreten. — Der Kontokorrentvertrag ist, wie wir gesehen haben, ein Produkt des Handelsstandes. In den Händen des Kaufmanns hat seine Entwicklung und Ausgestaltung gelegen, er hat ihn zu einem für sich brauchbaren Rechtsinstitut zu machen versucht. Infolgedessen mußte der Kontokorrent auch die handelsrechtlichen Begriffe über Verzinsung über sich ergehen lassen. Diese sind aber bei Kaufleuten besonders stark ausgeprägt, hier, wo keine Leistung ohne Gegenleistung erfolgt, Wert gegen Wert gegeben wird, jede bloße Liberalität ausgeschlossen ist, da konnte auch der Saldo nicht unverzinslich bleiben, denn welchen Gegenwert leistet sonst der Saldoschuldner? — Der ursprünglich gegenseitige Kredit hat mit der Ausgleichung von Soll und Haben sein Ende gefunden, und mit dem Saldo hat ein einseitiger Kredit begonnen. Warum soll aber der Kredit, wenn er während des Laufes der Rechnung bezahlt wurde, nun unbezahlt bleiben?

---

[1]) Mohr S. 80.
[2]) Grünhut in Endemanns Handb. S. 952.

Man hat auch die Verzinslichkeit rechtlich zu konstruieren versucht, u. E. aber mit geringem Erfolg.

Endemann[1]) meint, man fände eine Erklärung, wenn man von einem Kauf oder einer Miete des Kredits hier spräche. „Der Kredit ist ein wirkliches Objekt, eine unkörperliche Sache".

Ebenso sieht Greber[2]) hier in den Zinsen nichts anderes als die Vergütung für den geleisteten Kredit. Von einer Aufhebung des Verbots des Anatocismus könne somit nicht die Rede sein, weil „wir den Vergütungen der einzelnen Posten den Charakter als Zins absprechen. Wo kein Zins ist, da gelten auch keine Zinsbeschränkungen. Jene Vergütung ist der Kreditpreis, die Bezahlung geleisteter finanzieller Dienste". [3])

Wir fügen dem hinzu: Die Bezahlung geleisteter finanzieller Dienste, die Vergütung für gewährten Kredit heißt „Zinsen". Damit sind wir so weit wie am Anfang.

Schließlich ist auch jene unglückliche Anschauung für die Rechtfertigung der Saldozinsen verwandt worden, daß infolge der Gesamtkompensation es nicht möglich sei, zu bestimmen, welches die ursprüngliche causa des Saldos sei. Wenn auch bei Ermittlung des Saldos die Zinsforderungen mitwirkten, so könne man doch nicht behaupten, daß im Saldo Zinsen einbegriffen seien, das Verbot des Anatocismus zessiere somit von selbst. [4])

U. E. läßt sich eine befriedigende Lösung und Konstruktion nicht finden. Das Gesetz hat hier einen Handelsbrauch sanktioniert und — wie wir uns nicht verhehlen können — mit Recht. Wir sehen in der Verzinslichkeit des Saldos eine Aufhebung des Zinseszinsverbotes.

Gemäß den allgemeinen Bestimmungen des § 352 Abs. 2 HGB. beträgt die Höhe der Saldozinsen 5 %. Sie können vom Tage des Ablaufs der Rechnungsperiode gefordert werden, und zwar selbst dann, wenn der Saldo erst später anerkannt wird. Wird der Kontokorrentverkehr nach Ablauf der Rechnungsperiode nicht fortgesetzt, so können nur vom Saldo 5 % (oder in vereinbarter Höhe) Zinsen gefordert werden, ein weiterer Zinseszins ist ausgeschlossen, da eine nochmalige periodische Aufrechnung nicht mehr vorgenommen werden darf. [5])

Die Voraussetzung für die Verzinslichkeit des Saldos war die Verzinslichkeit der oder wenigstens einiger der Einzelforderungen. Ist diese nicht vorhanden, d. h. war gar keine Einzelforderung

---

[1]) In Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 246.
[2]) Greber S. 144.
[3]) Greber S. 105.
[4]) v. Hahn, Komm. z. ADHGB. 2. Aufl.
[5]) Ebenso RDHG. Bd. 2 S. 144.

verzinslich, so tritt eine Verzinslichkeit des Saldos nur aus anderen Gründen ein, z. B. infolge Verzuges, wenn auf Mahnung des Saldogläubigers hin der Saldoschuldner nicht zahlt (§ 284 BGB.). Ferner können Kaufleute trotz der verabredeten Unverzinslichkeit ihrer Forderungen Zinsen vom Saldo verlangen, wenn sie für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften die Fortsetzung des Kontokorrents vereinbaren, denn ein festgestellter Saldo ist eine fällige Verbindlichkeit, von welcher trotz der nachfolgenden Stundung Zinsen verlangt werden können (§ 353 HGB.).

Einen Streit, der jetzt infolge der diesen Punkt in einleuchtender Weise regelnden Entsch. d. ROHG. Bd. 22 S. 72 (JurW. 1897 S. 116) im wesentlichen als erledigt gilt, hat die Frage veranlaßt, ob der Kaufmann für den Vortrag des Saldos auf neue Rechnung neben den Zinsen noch eine Provision verlangen darf. Insbesondere kommt hier der Bankier in Betracht. — Die Grundsätze über die im Kontokorrent zu berechnende Provision folgen, wie das Reichsoberhandelsgericht mit Recht hervorhebt, nicht aus dem Wesen des Kontokorrents, sondern aus dem der Provision. — Sie ergeben sich jetzt aus § 354 HGB. und sind begründet in einer Dienstleistung des Provisionsnehmers, falls er ein Kaufmann ist und das betreffende Geschäft in Ausübung seines Handelsgewerbes vorgenommen hat. Ist darnach der Vortrag des Saldos auf neue Rechnung eine Leistung des Bankiers, welche als ein dem Korrespondenten erwiesener Dienst aufzufassen ist — dies ist nach der richtigen Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts der entscheidende Punkt —, so ist die Provisionsforderung seitens des Bankiers eine rechtmäßige. Hier nämlich erscheint die Übertragung des Saldos als eine neue Vorschußgewährung, für welche er neben den Zinsen (§§ 354 Abs. 2 u. 355 HGB.) eine Vergütung fordern kann. Lautet dagegen der Saldo zugunsten des Korrespondenten, so ist der Bankier zu einer Vergütung nicht befugt, denn hier ist der Korrespondent derjenige, dem der Bankier durch die Kreditierung des Saldos einen Dienst erwiesen hat. — Etwas anderes ist es, wenn der Bankier infolge Vereinbarung außer dem neu in Rechnung gestellten Saldo auch von sämtlichen anderen Kontokorrentposten, die zu seinen Gunsten bestehen, eine Provision beanspruchen darf ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Dienstleistung handelt oder nicht. Hier erscheint die berechnete Provision als ein Element des Kreditpreises, wie Grünhut zutreffend sagt, das besser in einer Gesamtziffer bestimmt werden könnte, hier aber usancemäßig in den Hauptbetrag und die Zulage zerlegt wird.[1]) Wir setzen, wie wir vorher ausgeführt haben, nur an Stelle von Kreditpreis den Ausdruck „Zinsen".

[1]) Endemann, Handb. S. 943.

4. Die für den Saldo haftenden Pfänder, Bürgen, Gesamtschuldner.

Bis zum Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuches hatte sich in der Rechtsprechung der Grundsatz herausgebildet, daß die für die Einzelforderungen bestellten Sicherheiten[1]) und Mithaftungen erlöschen, sobald der Saldo festgestellt ist, denn durch das Saldoanerkenntnis war die Hauptverbindlichkeit aufgehoben.[2]) Diese Annahme ist das folgerichtige Ergebnis unserer Untersuchungen. — Da erschien der § 356, der, wie die Denkschrift sagt,[3]) den Zweck hat, bestimmte, von der Doktrin und Judikatur herausgebildete Rechtssätze zu beseitigen, welche mit den Bedürfnissen des Verkehrs nicht im Einklang stehen. Sie erwähnt besonders den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft, die zur Zeit dieses Ausscheidens Konkursschuldnerin eines Kaufmanns war, und daß in diesem Falle der ausgeschiedene Gesellschafter durch das auf dessen Ausscheiden folgende erneute Saldoanerkenntnis der Gesellschaft von jeder Haftung frei wurde.[4]) Es kann nicht geleugnet werden, daß diese Art der Rechtsprechung eine gewisse Härte mit sich brachte und mit den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs wenig im Einklang stand, trotzdem war und ist sie folgerichtig. Sie gilt auch jetzt noch im bürgerlichen Recht.[5]) Aber gerade mit Rücksicht auf die angedeutete Härte sah sich der Gesetzgeber genötigt, diese Folgerichtigkeit zu durchbrechen und im § 356 HGB. eine Ausnahmevorschrift zu schaffen.[6]) Diese kommt für den Kontokorrent trotz der entgegenstehenden Bestimmung des bürgerlichen Rechts in erster Linie zur Anwendung, denn der Kontokorrent gehört zu „den Handelssachen" im Sinne des Art. 2 EG. z. HGB., da er im Handelsgesetzbuch geregelt ist. — Freilich ist es den Vertretern der gegenteiligen Ansicht, die in der Saldoanerkennung nur eine akzessorische Stipulation sehen, eine willkommene Bestätigung für ihre Ansicht, und Dernburg hat sich scheinbar sogar infolge dieses Paragraphen von unserer Ansicht abgewendet. Aber aus einer einem rein praktischen Zwecke dienenden Ausnahmevorschrift lassen sich Schlüsse für die rechtliche Beurteilung des Kontokorrents nicht ziehen.

---

[1]) Über Art und Wert derselben vgl. Buff S. 39 ff.
[2]) RG. Bd. 10 S. 53, Bd. 18 S. 246.
[3]) Denkschr. S. 5.
[4]) RG. Bd. 10 S. 53 ff., Bd. 18 S. 246 ff.
[5]) § 1252 BGB.; ferner §§ 418, 767 BGB. u. a.; vgl. auch § 1273 Abs. 2 BGB.
[6]) vgl. Buff S. 38 ff.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, das Fortbestehen der accessoria anders als durch die Annahme einer gesetzlichen Ausnahmevorschrift zu begründen. Staub[1]) nimmt an, die Bürgschaft werde zur selbständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung. Aber eine volle Befriedigung kann diese Konstruktion nicht gewähren, denn einerseits sollen die Sicherheiten und Mithaftungen von der alten untergegangenen Forderung losgelöst sein, andrerseits sollen alle Einreden gegen die alte Forderung erhalten bleiben.[2])

Die Denkschrift[3]) sagt, es sei mit der Selbständigkeit des Saldos nicht unvereinbar, daß die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen „in gewissen Beziehungen noch eine Wirkung äußern". Auch diese Erklärung ist nur ein schwacher Notbehelf. „In gewissen Beziehungen" soll die alte Forderung fortbestehen? Entweder ist die Saldoanerkennung in novatorischer Absicht erfolgt, und dann sind die alten Forderungen ganz untergegangen, oder sie ist es nicht, und dann tritt der Saldo nur neben die alte Forderung und die Sicherheiten bleiben bestehen, aber sie kann nicht gleichzeitig getilgt und ungetilgt sein.

Noch weniger befriedigt die Erklärung von Düringer-Hachenburg,[4]) daß die einzelnen Forderungen so weit nicht erlöschen, als sie in der bestellten Sicherheit fortleben. Er läßt also die Hauptrechte, die alte Forderung, in seinen Nebenrechten fortleben! Genau dasselbe besagen die Gesetzesworte, es ist nur eine Folgerung aus der positiven Gesetzesvorschrift.

Auch Mohr,[5]) der sich sonst zutreffend damit begnügt, zu sagen, daß eine gesetzliche Vorschrift schon dann genügend gerechtfertigt sei, wenn das Bedürfnis sie erfordere, und daß es gleichgültig sei, ob sich dafür eine in den bisherigen Bau des Rechtssystems gut einfügende juristische Konstruktion fände, können wir nicht ganz beistimmen, wenn er fortfährt: „Die Konstruktion für solche singuläre Vorschriften liegt dann eben in der Feststellung ihres Inhalts und ihrer Tragweite". Darin kann u. E. niemals eine Konstruktion liegen. Wohl kann eine Gesetzesnorm in dem sie erfordernden Verkehrsbedürfnis ihre Erklärung und aus den Gesetzesmaterialien heraus ihre Begründung finden, aber es kann nicht in der Gesetzesnorm die Konstruktion ihres juristischen, sich in ein Rechtsinstitut einpassenden Wesens gesehen werden.

---

[1]) Staub § 356 Anm. 1.
[2]) vgl. Lehmann, Lehrb. d. H. 1908 S. 780 Anm. 1.
[3]) Denkschr. S. 198.
[4]) Düringer-Hachenburg S. 367.
[5]) Mohr S. 98.

Wir müssen einfach anerkennen: Eine befriedigende Konstruktion der Forthaftung der Sicherheiten ist nicht möglich; die Forthaftung ist eine der gesetzlichen Anomalien, die das Gesetz mit Rücksicht auf den Verkehr hat schaffen müssen.[1]) Gemäß § 356 HGB. kann der Gläubiger aus den Sicherheiten und Mithaftungen insoweit Befriedigung suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken. Diese klaren Bestimmungen des Gesetzes haben nicht gehindert, weitläufige, u. E. aber nutzlose Erörterungen daran zu knüpfen. So untersucht Mohr,[2]) ob Sicherheiten und Mithaftungen nur für die verrechneten oder nur für die novierten Forderungen aufrechterhalten werden sollten, oder ob sämtliche Sicherheiten und Mithaftungen bestehen bleiben sollten, und ob am Ende des Abs. 1 nur „dem Betrage" oder noch „dem Inhalte nach" zu ergänzen sei. Wir halten dafür, daß das Gesetz klar ausspricht, daß sämtliche Sicherheiten und Mithaftungen aufrechterhalten werden sollen, und daß ein „dem Betrage nach" schon aus dem Sinne des Paragraphen hervorgeht, daß aber eine Ergänzung „dem Inhalt nach" aus nichts gefolgert werden kann.

Ebenso hat das „sich decken" zu Erörterungen Anlaß gegeben. Die Denkschrift[3]) besagt: „Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt". Mit diesen Ausführungen, meint Litthauer-Mosse (§ 356 Anm. 2), könnte eine bloße Übereinstimmung des Saldos und der gesicherten Forderung dem Betrage nach nicht gemeint sein, da eine solche Auffassung zu einer offenbar nicht beabsichtigten Benachteiligung des Bürgen, Gesamtschuldners usw. führen müßte. Er will daher den Saldo nicht entscheiden und Sicherheiten und Mithaftungen untergehen lassen, wenn die gesicherte Forderung nach zivilrechtlichen Regeln über die Anrechnung von verschiedenen Zahlungen und Gegenforderungen als getilgt erscheint. Auf diese Weise, meint er, wären die Parteien verhindert, die Haftung des Dritten nach Belieben zu verlängern.

Dieser Ansicht können wir jedoch nicht beistimmen. Die Lage des Bürgen erfordert hier nicht einen derartigen Schutz. Wer für eine Kontokorrentforderung Sicherheit bestellt oder Mithaftung übernimmt, der muß auch die besonderen, vom Gesetz-

---

[1]) vgl. Lehmann, Lehrb. d. HR. 1908 S. 779.
[2]) Mohr S. 96.
[3]) Denkschr. S. 214.

geber festgelegten Bestimmungen über Bürgschaften für Kontokorrentforderungen über sich ergehen lassen.[1])

Sind mehrere Forderungen vorhanden, die gesichert sind, so ergibt sich für den Saldo eine Kumulativhaftung, denn die Sicherheiten haften nunmehr, obwohl sie anfangs für verschiedene Forderungen bestellt waren, gleichmäßig nebeneinander für die Saldoforderung. Übersteigen die gesicherten Forderungen den Betrag des Saldos, so haften die Pfänder nur bis zur Höhe des Saldos, bleiben sie jedoch hinter diesem zurück, so haften sie nur in Höhe ihrer ursprünglichen Forderung.[2]) Ebenso hebt der Vortrag des Saldos auf neue Rechnung die Sicherheit und die Mithaftung nicht auf.[3]) Folgen also mehrere Abrechnungen aufeinander, so entscheidet der niedrigste Saldo, es sei denn, daß die gesicherte Forderung noch geringer ist. Die Haftung des Bürgen und Gesamtschuldners dehnt sich in diesem Falle aus und erlischt erst, wenn sich zugunsten derjenigen Partei ein Saldo ergibt, für welche die Haftung übernommen ist, oder wenigstens die Debet- und Kreditseiten gegeneinander aufgehen.

Unzutreffend führt Mohr[4]) an Hand eines Beispiels aus, daß es hierbei zu einem unbilligen Resultat kommen könnte. Rechneten nämlich zwei Kontokorrentisten in kurzen Perioden ab und ergebe sich sonst stets für den einen ein großer Aktivsaldo, nach Abschluß einer Periode aber einmal auch für den anderen ein solcher, so werde der Bürge des letzteren dadurch frei. Fände dagegen statt dieser vielen Abrechnungen nur eine statt, so bliebe der einmalige Aktivsaldogläubiger Schuldner, und daraufhin hafte auch der Bürge weiter. Mohr fragt, wodurch das ungleiche Ergebnis in diesen beiden Fällen gerechtfertigt werden könnte. Einmal bedarf es keiner Rechtfertigung, denn der Bürge einer Kontokorrentforderung muß mit dieser weitgehenden Haftung von Anbeginn rechnen. Dann aber liegt eine Rechtfertigung in den einerseits kurzen, andrerseits langen Rechnungsperioden. Es ist natürlich, daß sich bei vielen Rechnungsperioden eher der Fall ergeben wird, daß auch derjenige, der sonst Saldoschuldner ist, einmal Saldogläubiger sein wird, als bei einem einmaligen, diese mehrere Abrechnungen umspannenden Rechnungsabschluß. Wenn man aber auch mit Mohr anerkennen will, daß das Fortbestehen der Sicherheiten für den Bürgen bei einer langen Rechnungsperiode Unbilligkeiten zur Folge hat, so muß man auf der anderen Seite zugeben, daß auch der Saldogläubiger bei kurzen Rechnungs-

[1]) Ebenso Staub § 356 Anm. 4.
[2]) Denkschr. S. 198.
[3]) And. M. ist allerdings Cosack § 69 I Note 8γ.
[4]) Mohr S. 100.

perioden Nachteile erleiden kann, nämlich dann, wenn derjenige, der in der Regel Saldoschuldner bleibt, einmal ausnahmsweise und nur vorübergehend oder rein zufällig Saldogläubiger wird. Der andere Teil verliert dann in kurzer Zeit alle Sicherheiten, die ihm bei längeren Rechnungsperioden erhalten geblieben wären. Die Härten des Gesetzes gleichen sich also aus.

Eine fernere Eigentümlichkeit der Haftung für eine Kontokorrentforderung liegt darin, daß trotz der Vorschriften der §§ 774, 426 Abs. 2 BGB. die Forderung auf den zahlenden Bürgen nicht übergeht. Die Erklärung liegt darin, daß es sich hier um keine zessible Forderung handelt, denn sie ist durch die Kontokorrentabrede von selbständigem Übergange ausgeschlossen. Ein Ausgleich kann daher nur durch interne Regelung erfolgen. Ebenso kann der Gläubiger das Pfand und die Bürgschaft erst nach Ablauf der Rechnungsperiode geltend machen. Dies folgt aus der in der Kontokorrentabrede liegenden Kreditierung, die den vor Ablauf der Rechnungsperiode in Anspruch genommenen Personen einen diesbezüglichen Einwand gibt.

Verschieden von der Sicherheitsbestellung usw. für eine einzelne Kontokorrentforderung ist diejenige für die Kontokorrentschuld als solche. Hier haftet der Sicherheitsbesteller und der Mitschuldner einfach für den Kontokorrentsaldo.[1])

Anders verhält es sich mit der Haftung, wenn das Kontokorrentverhältnis erst nach der Sicherheitsbestellung oder der Mithaftungsübernahme zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger entstanden ist. Dann übt der Kontokorrent naturgemäß auf die Haftung des von dritter Seite bestellten Pfandes oder des Bürgen oder des solidarischen Mithafters keinen Einfluß aus, sie ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.

Nach Mohr[2]) hat das Gesetz den § 356 aus einer Zwangslage heraus geschaffen. Es habe, meint Mohr, nicht feststellen können, welche Forderungen schließlich im Saldo enthalten seien, und deswegen habe es entweder sämtliche Sicherheiten und Mithaftungen aufrechterhalten müssen oder keine, auf jeden Fall habe es aber die Sicherheiten und Mithaftungen für die nur formell getilgten Forderungen aufrechterhalten wollen. Dabei habe es den anderen Übelstand mit in Kauf nehmen müssen, daß die Sicherheiten und Mithaftungen auch für die materiell getilgten Forderungen aufrechterhalten blieben. Dadurch seien zwar die früheren Härten beseitigt, aber „ebenso schwerwiegende neue" wieder geschaffen worden, und der Rechtszustand sei gegen den

---

[1]) ROHG. Bd. 9 S. 185.
[2]) Mohr S. 99.

früheren nicht gebessert, denn Bürge und Gesamtschuldner seien benachteiligt.

Diese Ansicht ist u. E. nicht zutreffend. Abgesehen nämlich von der bedenklichen Unterscheidung zwischen formell und materiell getilgten Forderungen ist die Benachteiligung der Sicherheitsbesteller und Mithafter gar nicht so groß, im Gegenteil, sie ist durch die Kumulativhaftung geringer geworden. Uns erscheint der § 356 als die glückliche Lösung vorhandener Übelstände, wobei wir hauptsächlich die Praxis im Auge haben.

5. Die Pfändung des Saldos.

Gemäß § 357 HGB. hat der Gläubiger eines Kontokorrentisten das Recht, das gegenwärtige Saldoguthaben seines Schuldners zu pfänden und sich den Betrag überweisen zu lassen, der sich als Überschuß ergeben würde, wenn die Kontokorrentperiode im Augenblick der Pfändung abliefe. Als Zeitpunkt der Pfändung gilt dabei die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 ZPO.). Hierbei ist es gleichgültig, ob der Kontokorrentschuldner im gegebenen Falle ein Recht zur sofortigen Kündigung hat, oder ob er es, wenn er es hat, geltend macht. Das Recht des Vollstreckungsgläubigers ist durchaus selbständig. Das Gesetz sagt hier etwas umständlich, daß dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden können, daß aber solche Geschäfte, auf die ein Recht oder eine Pflicht zur Zeit der Pfändung schon bestand, nicht als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift gelten. Damit sollten besonders die Posten getroffen werden, für die der Schuldner nur unter Vorbehalt erkannt ist, besonders Gutschriften für eingesandte, aber noch nicht eingelöste Rimessen. Sie gewähren dem pfändenden Gläubiger noch keinen endgültigen Anspruch.[1]) Ebenso muß der pfändende Gläubiger eine Kürzung des Saldos anerkennen, wenn das einer Einzelforderung zugrunde liegende Geschäft nach der Pfändung angefochten und auf Grund der Anfechtung eine Leistung zurückgefordert wird. Andrerseits kommt, wenn nach der Pfändung das Kontokorrentverhältnis fortgesetzt wird, eine nachträgliche Erhöhung des Guthabens des Schuldners dem Pfandgläubiger nicht zustatten. Wenn er sich diese Erhöhung sichern will, muß er vielmehr ausdrücklich die Pfändung des demnächstigen Saldos beantragen. Diese Pfändung des Saldoguthabens des Schuldners durch den Pfändungsgläubiger bewirkt an und für sich keine Kündigung

[1]) Denkschr. S. 215.

des Kontokorrentverhältnisses. Sie hat nur eine Rektifikation derart zur Folge, daß das Konto des Schuldners mit der Pfändungssumme belastet wird, und zwar insoweit, als der gegenwärtige Überschuß des Pfändungsschuldners und die Forderung, wegen welcher gepfändet ist, sich decken.

Bei dieser Art der Pfändung begegnet uns auch einmal der Fall, daß Pfändung und freiwillige Abtretung nicht zugleich zulässig sind. Es kann nämlich zwar der gegenwärtige Saldo gepfändet werden, aber seine Abtretung ist wirkungslos, d. h. er kann bei fortdauerndem Kontokorrent nicht abgetreten werden. Nur derjenige Saldo, der sich nach Abschluß der Kontokorrentperiode ergibt, ist abtretbar.

6. Die Saldofeststellung bei Weigerung der Mitwirkung des anderen Teils.

Ist ein Saldo durch gegenseitige Vereinbarung nicht zustande gekommen, weil sich die eine Partei weigert, bei der Saldofeststellung mitzuwirken, so fehlt es an einem selbständigen Verpflichtungsgrund, eine Klage unter bloßer Berufung auf den Saldo ist hier nicht gegeben. Was ist hier nun zu tun? Aus den hier mit der Erhebung der Klage erwachsenden Schwierigkeiten erhellt am besten die große praktische Bedeutung des Saldos als selbständiger abstrakter Forderung. Mit der Einstellung der Einzelposten in den Kontokorrent verlieren diese ihre Selbständigkeit und kommen nur noch als Elemente des Saldos in Betracht. Eine selbständige Geltendmachung eines Einzelpostens nach Abschluß der Rechnungsperiode ist daher auch hier, wo ein festgestellter Saldo nicht vorliegt, ausgeschlossen.[1]) Der Kläger klagt vielmehr auch hier das Endresultat der Geschäftsperiode ein, das die Forderungen als Elemente in sich begreift. So kommt auch diesem Saldo, dessen Anerkennung von der einen Seite verweigert wird, im Verhältnis zu den Einzelposten eine gewisse Selbständigkeit zu. Zur Begründung der Klage auf Feststellung des Saldos, die auf den Kontokorrent im ganzen gestützt werden muß, ist der Kläger verpflichtet, folgendes als klagebegründende Tatsachen beizubringen[2]): Der Kläger muß den geschichtlichen Verlauf der Tatsachen, aus denen die Forderung entspringt, darlegen und die Rechtmäßigkeit der Saldoforderung durch den Beweis der Richtigkeit aller einzelner Posten bis zum letzten anerkannten Saldo, die

---

[1]) Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 2 S. 436, 437.

[2]) vgl. ROHG. Bd. 12 S. 156, Bd 2 S. 217, Bd. 20 S. 104; JurW. 1892 S. 508, 10; Grünhut in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 950.

zum Endresultat geführt haben, dartun. Den Beweis der Richtigkeit für die einzelnen Posten hat Kläger natürlich nur so weit zu führen, als der Beklagte sie bestreitet[1]) und soweit sie ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegt. Eines Beweises bedürfen nicht diejenigen Posten, die durch Anerkenntnis innerhalb der laufenden Rechnung festgestellt sind, ebenso nicht der unter den Einzelposten sich befindende letzte anerkannte Saldo.[2]) Die somit sich für den Kläger ergebende Verpflichtung, sämtliche Posten, aus denen sich der Saldo bildet, darzutun, ähnelt einer sorgfältigen Rechnungslegung, allerdings einer sehr sorgfältigen. Und zu dieser Rechnungslegung ist er bei Anstellung der Klage verpflichtet. Immer aber müssen wir daran festhalten, daß diese Pflicht zur Rechnungslegung ein Ausfluß des Prozeßrechts für den Kläger ist, nicht dagegen die Folge einer sich aus dem Kontokorrent selbst ergebenden Verpflichtung. Sind einige Posten des Kontokorrents streitig und unterliegen sie einem anderen als dem für die Saldoklage zuständigen Gericht,[3]) so ist gegen die Klage auf den nicht anerkannten Saldo der Einwand der Unzuständigkeit des Gerichts zulässig. Es muß deshalb vor Anstellung der Klage auf den nicht anerkannten Saldo die Feststellung dieser Posten bereits stattgefunden haben.[4]) Dem steht natürlich nicht entgegen, daß die anfänglich zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts gehörigen Posten nachträglich durch Prorogation dem für die Saldoklage zuständigen Gericht unterstellt werden.

Der der Klage auf einen nicht anerkannten Saldo zugrunde liegende Klageanspruch geht auf Feststellung des Endresultates und besteht darin, daß der andere Teil die von dem einen gelegte Rechnung anerkennt und ein Schuldanerkenntnis abgibt.[5]) Dagegen ist der Inhalt des Anspruchs auf Feststellung nicht dahin zu verstehen, daß der andere Teil die Rechnung aufmacht und den Saldo zieht.[6]) Ein derartiger Anspruch auf Rechnungslegung besteht nicht, wenigstens nicht bei der von uns vertretenen Auffassung des Kontokorrents als reziprokem Kreditverhältnis. Nach dieser Ansicht stehen sich die Parteien vollständig gleich in ihren Rechten und Pflichten, keine hat vor der anderen eine besondere Pflicht zum Übersenden der Rechnung. Anders ist die Beantwortung dieser Frage für diejenigen, die im Kontokorrent ein Mandat, anders wieder für die, die in ihm einen Krediteröffnungs-

---

[1]) vgl. Bolze Bd. 14 Nr. 351; ROHG. Bd. 9 S. 217.
[2]) JurW. 1892 S. 508, 10; ROHG. Bd. 2 S. 217.
[3]) z. B. einem Schiedsgericht.
[4]) vgl. ROHG. Bd. 9 S. 217.
[5]) Staub § 355 Anm. 23.
[6]) vgl. Grünhut S. 949.

vertrag oder ein Depositum sehen, also je nach der Auffassung der juristischen Natur des Kontokorrents verschieden. Bei uns ist die Rechnungslegung ein Akt der Freiwilligkeit und wird von dem erfolgen, der das meiste Interesse an der Übersendung hat. In der Regel wird es also derjenige sein, dem der Aktivsaldo zukommt; es kann aber auch natürlich der andere sein, wenn er z. B. an einer möglichst schnellen Feststellung seines Schuldenstandes ein Interesse hat. Wenn auch so ein Anspruch auf Aufmachung der Rechnung nach unserer Ansicht aus dem Kontokorrent nicht von selbst gegeben ist, so wird er doch durch die Natur des Verhältnisses bisweilen begründet sein, so z. B. beim Bankier gegenüber dem Kunden,[1]) ebenso für jeden, der aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, gegenüber jedem Kunden,[2]) ferner der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten.

Der klagbare Anspruch auf Feststellung des nicht anerkannten Saldos entsteht mit der Beendigung der Rechnungsperiode, gleichviel ob diese durch Zeitablauf oder in anderer Weise herbeigeführt ist. Diese Ansicht entspricht auch der herrschenden Meinung. U. E. ist aber diesem Satz eine Einschränkung für den Fall beizufügen, daß der Inhaber des Aktivsaldos auf Grund der den Kontokorrent begleitenden Abreden zu einer weiteren Stundung nicht verpflichtet ist. In diesem Falle erwächst für den Gläubiger ein reines Forderungsrecht, das er mit einer Klage auf Zahlung geltend machen kann. Warum er hier Anerkennungsklage und Zahlungsklage anstellen soll oder „auch nur" auf Zahlung klagen kann, wie Staub annimmt,[3]) weil in dem Urteil auf Zahlung die an die Stelle der durch die Partei verweigerten Anerkennung tretende richterliche Feststellung des Saldos liegt, ist nicht zu ersehen. Wenn er seine sämtlichen Posten, soweit sie des Beweises bedürfen, bewiesen hat und somit den Nachweis geführt hat, daß ihm der Schuldner die geltend gemachte Schlußsumme schuldet, so ist eine Anerkennung von seiten des Schuldners nicht mehr erforderlich, da ja die Schuld durch das Gericht festgestellt und erwiesen ist. Das Anerkenntnis des Schuldners ist ersetzt durch den Nachweis seitens des Gläubigers vor dem Gericht, daß alle von ihm aufgeführten Posten und somit die Schlußsumme richtig sind und er sie vom Schuldner zu fordern berechtigt ist. Daher kann er nicht die Anerkennungsklage zugleich mit der Zahlungsklage und kann nicht „auch nur" die Zahlungsklage anstellen, sondern er darf in diesem Falle nur die Zahlungsklage anstellen.

---

[1]) vgl. Bähr S. 254.
[2]) Art. 4 Wuchergesetz v. 19. 6. 1893.
[3]) Staub § 355 Anm. 23.

Er kann nun nur noch ein Interesse an Zahlung haben. Dasselbe besagt auch das Gesetz in § 355 Abs. 3, indem es bestimmt, daß wenn die Rechnungsperiode durch gesetzliche Kündigung abläuft, der Inhaber des Überschusses dessen Zahlung beanspruchen kann.

7. Der Saldo der bloßen laufenden Rechnung.

Mit dem Ausdruck „bloße laufende Rechnung" oder „uneigentlicher Kontokorrent" oder „öffentliches Konto" bezeichnet man eine reine Rechnungsbeziehung ohne die charakteristischen Merkmale des Kontokorrents, „die nur in die wirtschaftlich bequeme, doch juristisch gleichgültige Form des Kontokorrents gehüllt ist.[1]) Dem aus ihr hervorgehenden Saldo fehlen damit alle diejenigen Eigenschaften, die sich aus der Natur des eigentlichen Kontokorrents für den daraus entspringenden Saldo ergeben. So fehlt ihm der vornehmste Erfolg des eigentlichen Kontokorrentsaldos, die Begründung einer Novation; hier hat die Abrechnung nur die Bedeutung einer akzessorischen Stipulation. Ebenso hat er keine Selbständigkeit, sondern bildet nur „die arithmetische Summe der durch Kompensation und Zahlung nicht gedeckten einzelnen Forderungen des nicht voll befriedigten Gläubigers".[2]) Daher kann auch nicht auf den Saldo selbständig geklagt werden, es muß vielmehr die Klage die einzelnen Posten darlegen.[3]) Hier behalten die einzelnen Posten ihren selbständigen rechtlichen Charakter.[4]) Ebenso greift nur eine Verzinsung nach allgemeinen Regeln Platz.[5]) Anders verhält es sich dagegen mit den für die Einzelposten bestellten Sicherheiten oder Mithaftungen. Da nämlich die Einzelposten ihren selbständigen Charakter nicht verlieren, so bleiben die Sicherheiten usw. schon aus diesem Grunde bestehen. Auch ist jeder Teil mangels entgegenstehender Vereinbarung berechtigt, die Geschäftsverbindung jederzeit abzubrechen und den sich ergebenden Saldo einzuklagen. Ein Anspruch auf Saldofeststellung besteht nicht. Das Anerkenntnis des Saldos bildet dagegen auch hier einen selbständigen Verpflichtungsgrund im Sinne des § 782 BGB.,[5]) jedoch muß der Verpflichtungswille und die Loslösung vom Schuldgrund deutlich zu erkennen sein.[6])

---

[1]) Endemann, Handb. S. 959.
[2]) RG. Bd. 22 S. 148 ff.
[3]) JurW. 1885 S. 355, 18, 1902 S. 321, 56; ROHG. Bd. 3 S. 4.
[4]) JurW. 1902 S. 97, 34.
[5]) vgl. ROHG. Bd. 3 S. 148.
[5]) So schon im früheren Recht RG. Bd. 2 S. 328, Bd. 26 S. 77.
[6]) JurW. 1894 S. 281, 13; RG. Bd. 61 S. 319.

Oft wird es schwierig sein, zu unterscheiden, ob eine bloße laufende Rechnung oder ein wirklicher Kontokorrent vorliegt, da in beiden Fällen der Rechnungsabschluß als Saldo bezeichnet wird.[1]) Entscheidend ist dabei aber nicht die Bezeichnung „Kontokorrent",[2]) ebensowenig die Beobachtung seiner Formen (Debet und Kredit). Das Maßgebliche allein ist u. E. der Wille der Parteien, wobei wir uns bewußt sind, daß nicht nur, wie es im Gesetz bestimmt ist, eine Partei Nichtkaufmann sein kann, sondern daß beide Teile Kaufleute nicht zu sein brauchen, daß also schließlich von jedem ein Kontokorrent eingegangen werden kann. Voraussetzung ist hierbei natürlich der gegenseitige ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille,[3]) daß die Parteien im Sinne des § 355 HGB. in laufender Rechnung stehen,[4]) und daß die §§ 355 ff. auf ihr Verhältnis Anwendung finden sollen.

Als Resultat ergibt sich somit, daß die bloße laufende Rechnung entweder durch Vereinbarung unter die Regeln des eigentlichen Kontokorrents gebracht ist, oder sie entbehrt mangels einer solchen Abrede der dem eigentlichen Kontokorrent innewohnenden Eigentümlichkeiten. Dann aber ist ihr eine besondere Bedeutung nicht beizumessen, sie ist vielmehr nur eine Art des Geschäftsverkehrs, die, wie auch Rudorff[5]) und Mohr[6]) ausführen, als selbständige Rechtserscheinung nicht anerkannt werden kann, da sie eine besondere Stellung im Rechtssystem nicht einnimmt.[7])

8. Der Gegenstand und die Grundlage des Saldos.

Der Saldo ist nach der gesetzlichen Definition der aus der gegenseitigen Geschäftsverbindung der beiden Vertragsteile durch Verrechnung und Feststellung der „beiderseitigen Ansprüche und Leistungen" gewonnene Überschuß. Die ihm somit zur Grundlage dienenden „Ansprüche und Leistungen" sind dem Wesen des Kontokorrents entsprechend, der den Transport und die Aufbewahrung des Geldes ersparen soll, Geldforderungen bezw. Geldschulden.[8]) Der wesentliche Faktor ist hier das Geld. Mit seiner Hilfe werden alle die verschiedenartigen Leistungen wirtschaftlich gleichgemacht und dadurch ihre Kommensurabilität hergestellt. So

---

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 104, Bd. 22 S. 150.
[2]) RG. Bd. 22 S. 150.
[3]) ROHG. Bd. 2 S. 137, Bd. 9 S. 243.
[4]) Greber S. 97; Staub § 355 Anm. 9.
[5]) Rudorff S. 264.
[6]) Mohr S. 121.
[7]) And. M. Staub, Exk. zu § 357 Anm. 1; Greber S. 130 ff.
[8]) RG. Bd. 2 S. 263.

hat der Saldo zur Grundlage zunächst die Geschäfte aus dem reinen Geldumsatz, wie Darlehne, Wechselgeschäfte, Inkassos, irreguläre Depositen usw., ferner die Ansprüche, die sich aus abgeschlossenen Geschäften ergeben, z. B. aus Kauf-, Mietverträgen, weiter aber auch Ansprüche auf Preisminderung, Schadensersatz u. dgl., kurz die Ansprüche aus Geschäften, wie sie im gewöhnlichen Geschäftsverkehr vorkommen, soweit sie nur eine pekuniäre Seite haben.[1]) Verträge, welche keine Geldverbindlichkeit erzeugen, sind vom Kontokorrent ausgeschlossen.

Diese geldwerten Leistungen bieten bezüglich des Saldos keine Schwierigkeiten, wenn sie aus gültigen und klagbaren Geschäften hervorgegangen sind; dann ist der Saldo eben der gültige und klagbare Überschuß. Anders ist es dagegen, wenn der Kontokorrent auch Posten aus ungültigen oder erfüllungsfähigen, aber klaglosen Geschäften enthält. Dieser Fall wird hauptsächlich dann eintreten, wenn Posten aus Börsentermingeschäften auch Gegenstand des Kontokorrents sind. Da aber der Kontokorrent im großen Handelsverkehr der Kaufleute sein Hauptanwendungsgebiet hat, denn er ist, wie Grünhut zutreffend sagt,[2]) „der juristische Ausdruck des besonderen Bedürfnisses nach Kredit", und zwischen diesen Kaufleuten — Bankiers usw. — die Einstellung von Posten aus Börsentermingeschäften häufig vorkommen wird, so soll auf die Art, wie sie auf den Saldo einwirken, näher eingegangen werden.

---

[1]) vgl. RG. Bd. 2 S. 263.
[2]) Grünhut in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 937.

III. Die Beeinflussung des Saldos durch das Börsentermingesetz von 1896.

1. Der Saldo ist vollgültig, wenn die ihm zugrunde liegenden Posten aus

a) Börsentermingeschäften herrühren.

Bis zur Novelle v. 8. 5. 1908 war der Kreis der dem Börsengesetz v. 22. 6. 1896 unterworfenen Geschäfte, der sogen. Börsentermingeschäfte — wenigstens durch das Gesetz — scharf umgrenzt. Nach § 40 BörsG. galten als Börsentermingeschäfte Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waren und Wertpapieren auf eine festbestimmte Lieferungsfrist oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen waren, die vom Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt waren, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt war.[1]) Die Rechtsprechung hat aber den Begriff der Börsentermingeschäfte erweitert und als Börsentermingeschäfte auch alle diejenigen Geschäfte in Waren oder Wertpapieren bezeichnet, die geschlossen sind, um den Zweck der in § 66 BörsG. aufgestellten Ungültigkeitsvorschriften zu beseitigen.[2])

b) Von ins Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen sind.

Die in diesem Rahmen abgeschlossenen Geschäfte waren gültig, wenn beide Parteien der für derartige Geschäfte erforderlichen besonderen Art von Geschäftsfähigkeit genügten, d. h. wenn sie in das Börsenregister eingetragen waren. Es konnte dann der Differenzeinwand solchen Geschäften nicht entgegengesetzt werden, denn sie wurden wie wirkliche Lieferungsgeschäfte behandelt. Der

---

[1]) Nähere Ausführungen bei Trumpler in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 50 S. 388 und Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 2—10.

[2]) JurW. 1902 S. 638, 22; RG. Bd. 44 S. 52, Bd. 91 S. 107, Bd. 42 S. 43, Bd. 47 S. 111.

Nachweis der Eintragung in das Börsenregister begründete für die betreffende Partei die Vermutung, daß ihre Absicht nicht auf bloßes Spiel gerichtet war. Ohne Eintragung war sogar ein solches Geschäft gültig, wenn es von Personen geschlossen war, die im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung hatten (§ 68 Abs. 2 BörsG.), oder wenn ein Kontrahent im Register zwar gelöscht, aber in der Gesamtliste noch eingetragen war, es sei denn, daß der andere Teil von der Löschung Kenntnis hatte (§ 67 Abs. 2 BörsG.). Abgesehen von diesen Ausnahmen ist aber die Gültigkeit, die zwar nicht besonders ausgesprochen ist, die aber die sinngemäße Umkehrung der im Falle der Nichteintragung angeordneten Ungültigkeit (§ 66) ist, an die Eintragung beider Teile geknüpft. Dabei ist „Gültigkeit des Geschäfts" natürlich nur in dem Sinne zu verstehen, daß das Geschäft auf Grund des Spiel- oder Differenzeinwandes nicht mehr angefochten werden kann, daß aber eine Anfechtung aus anderen Gründen, wie Irrtum, Betrug usw., stets zulässig bleibt.

Derartige Börsentermingeschäfte beeinflussen als selbst rechtswirksame Geschäfte die Gültigkeit des Saldos in keiner Weise, indem wir dabei „rechtswirksam" in dem aus dem Zwecke des Börsenregisters sich ergebenden Sinne auffassen, daß nämlich der Einwand, es sei lediglich ein nach dem bürgerlichen Recht verbotenes Spiel beabsichtigt, rechtlich nicht erheblich ist.

2. Der Saldo ist ungültig oder nur zum Teil gültig.

a) Er ist ungültig, wenn sämtliche Posten des Kontokorrents aus von nicht in das Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossenen Geschäften herstammen.

Anders verhält es sich dagegen, wenn nur ein Teil in das Börsenregister eingetragen ist. In diesem Falle wird ein Schuldverhältnis bezüglich dieses Geschäfts überhaupt nicht begründet, es entsteht lediglich eine Naturobligation. Nun wird allerdings bei der Anerkennung eines Passivsaldos ein Schuldanerkenntnis abgegeben; dieses vermag aber die ungültige Börsenterminschuld nicht rechtswirksam zu machen, denn es würde darin eine Umgehung des § 66 BörsG. und beim Differenzgeschäft der §§ 762, 764 BGB. liegen.[1]) Daß aber derartige Vereinbarungen, wenn sie unwirksam sein sollten, gerade die Gesetzesumgehung zum Zwecke haben müßten,[2]) halten wir nicht für erforderlich, sie sind

[1]) JurW. 1900 S. 444, 20; RG. in Holdheim Bd. 14 S. 194.
[2]) So OLG. Stuttgart Bd. 6 S. 100.

schon an und für sich ungültig. Soweit dagegen Debet- und Kreditposten durch Aufrechnung getilgt sind, findet eine Zurückforderung nicht statt, denn Geleistetes kann nicht zurückgefordert werden, und die Aufrechnung wirkt wie Erfüllung.

Der aus solchen Geschäften sich ergebende Saldo ist also nicht erzwingbar, nicht klagbar, der Gläubiger ist allein auf freiwillige Leistung seitens des Schuldners angewiesen. Ebenso folgt aus der Unwirksamkeit des Geschäfts mit Notwendigkeit, daß die bestellten Sicherheiten unwirksam sind, denn jedes Pfandrecht setzt zu seiner Wirksamkeit eine rechtsgültige Forderung voraus. Eine unklagbare Spielforderung kann aber eine genügende rechtliche Grundlage für ein wirksames Pfandrecht nicht geben (§ 762 Abs. 2 BGB..)

b) Der Saldo ist zum Teil gültig, wenn einige der im Kontokorrent enthaltenen Geschäfte gültig, die anderen ungültig sind.

Schwieriger ist die Rechtslage, wenn neben den Schulden aus ungültigen, aber erfüllungsfähigen Börsenterminegeschäften auch Schulden gewöhnlicher Art in dem Kontokorrent enthalten sind. Zwar sind auch hier, wenn sich Debet- und Kreditseite zahlenmäßig ausgleichen, alle gegenseitigen Ansprüche erledigt, und falls sich für den Terminschuldner ein Aktivsaldo ergibt, weil ihm auch aus anderen Geschäften als Börsenterminegeschäften Aktivposten entstanden sind, so ist der Aktivsaldo vollwirksam. Wenn sich dagegen zu Lasten des Terminschuldners ein Passivsaldo ergibt, so entstehen bezüglich seiner Gültigkeit Schwierigkeiten. Hier sind von Theorie und Praxis die verschiedensten Versuche gemacht worden, um ein befriedigendes Resultat zu erhalten — u. E. aber bisher ohne Erfolg.

c) Literatur und Judikatur unter besonderer Berücksichtigung der verhältnismäßigen Verrechnung.

Zu einem praktisch recht befriedigenden Ergebnis kommt Staub in seiner früheren Auflage.[1]) Er geht davon aus, daß das in der Feststellung des Saldos liegende Anerkenntnis unwirksam sei, da es die gemäß § 66 BörsG. ungültigen Posten nicht gültig machen könne, und daß infolgedessen gemäß § 139 BGB. der ganze Akt der Saldofeststellung, also auch die Verrechnung unwirksam sei, denn es sei meist nicht anzunehmen, daß die Verrechnungserklärung ohne das Anerkenntnis abgegeben wäre. Die Folge sei, daß die gültigen Posten nur in Rechnung zu stellen

[1]) Staub 6./7. Aufl., Exk. zu § 376 Anm. 15.

seien, die ungültigen dagegen wegfielen. Dieselbe Ansicht vertritt auch Holdheim.[1]) Weniger befriedigt eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Breslau über diese Frage.[2]) Sie sieht in der Saldoziehung, die in ihrer Eigenart anders und weiter als eine gewöhnliche Aufrechnung wirke, eine völlige Abwicklung im Sinne des § 66 Abs. 4 BörsG., so daß Einreden aus den dem Saldo zugrunde liegenden Posten ausgeschlossen seien.

Mit derselben Begründung rechtfertigt Lehmann-Ring[3]) die Unanfechtbarkeit des Saldos, die Regelsberger[4]) und Hahn[5]) wieder daraus folgern, daß eine Ausscheidung der von der Aufrechnung ergriffenen Posten rechtlich unmöglich und daher die ursprüngliche causa, aus der die Differenz zwischen den beiden Gesamtsummen, der Saldo geschuldet wird, nicht zu ermitteln sei. Durchdrungen von dem Gedanken, daß es unbillig ist, ungültige Posten gegen gültige aufrechnen zu dürfen, sieht Danz[6]) unter Heranziehung der Bestimmungen über die Auslegung von Verträgen in der Zusendung des Kontokorrentauszuges den Antrag des Termingläubigers, die Börsentermingeschäfte gegeneinander, den verbleibenden Rest aber auf die gültigen Posten aufzurechnen.

Diesen Ansichten steht die von der verhältnismäßigen Verrechnung gegenüber, die von Trumpler[7]) vertreten, auch jetzt in der Literatur die herrschende geworden ist.[8]) Darnach liegen in der Feststellung des Saldos zwei getrennte Rechtsgeschäfte: die Aufrechnung der Einzelposten und das Anerkenntnis des sich aus dieser Aufrechnung ergebenden Saldos. Das Anerkenntnis ist, soweit der Saldo unverbindliche Geschäfte umfaßt, ungültig. Durch die in der Feststellung des Saldos liegende Aufrechnung dagegen werden die dem Saldo zugrunde liegenden Einzelposten getilgt, denn es liegt Erfüllung durch Aufrechnung im Sinne von § 64 Abs. 4 BörsG. vor, und diese wirkt wie Zahlung. Da aber alle Posten des Kontokorrents eine Einheit bilden, so werden alle aufgerechneten Forderungen des Terminschuldners einschließlich der aus Börsentermingeschäften herrührenden auf alle Schulden desselben einschließlich der aus Börsentermingeschäften herrührenden gleichmäßig verrechnet, so daß jeder Passivposten zu einem Bruchteile, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passivposten und dessen

---

[1]) Holdheim Bd. 14 S. 28.
[2]) Bankarch. Bd. 2 S. 157.
[3]) Komm. z. HGB. §§ 355—357 Note 30.
[4]) Iherings Jahrb. Bd. 46.
[5]) Komm. z. HGB. Art. 291 § 1.
[6]) Bankarch. Bd. 3 S. 47/48, Bd. 4 S. 77 u. 46.
[7]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 50 S. 488.
[8]) vgl. Greber S. 103.

Zähler der Gesamtbetrag der Aktivposten ist, und somit ein verhältnismäßiger Teil aller Schulden getilgt wird bezw. ungetilgt bleibt. Insoweit daher in dem Saldo nicht aufgerechnete Teile der ungültigen Börsentermingeschäfte fortleben, ist der Saldo unwirksam.[1]) Die verschiedenen hier geschilderten Ansichten sind nicht alle brauchbar. Die des Oberlandesgerichtes Breslau scheitert daran, daß eine völlige Abwicklung durchaus nicht vorliegt, denn es handelt sich ja gerade um den noch verbleibenden Rest, in dem Ansprüche aus klaglosen Termingeschäften enthalten sind. Auch die Ansicht von Regelsberger ist nicht haltbar, wie sie auch neuerdings von ihm widerrufen ist,[2]) denn das Auge der Juristen sieht schärfer, eine causa kann auch den im Saldo zusammengefaßten Posten nicht fehlen.

Treffliche Gedanken hat Danz in seiner Ansicht zu einer auch die Praxis befriedigenden Lösung der Frage beigesteuert, indem er davon ausgeht, daß es sich bei Abschluß des Kontokorrents zunächst um einen Vertrag handelt, und daß demgemäß die diesbezüglichen allgemeinen Regeln anzuwenden wären, besonders §§ 157, 242 BGB. Der früher von Staub[3]) vertretenen Ansicht, daß infolge der Ungültigkeit des Saldoanerkenntnisses auch der andere Teil der Saldofeststellung, die Verrechnung, ungültig sein müsse, sind neuerdings auch Regelsberger[4]) und Heilbrunn[5]) beigetreten, während sich Staub der verhältnismäßigen Verrechnung angeschlossen hat. Und in der Tat ist über die Schwierigkeiten, die Staub zu einem Wechsel seiner Ansicht veranlaßten, daß nämlich zwar wirtschaftlich, aber nicht juristisch ein Rechtsakt vorliegt, nicht hinwegzukommen. Wenn Regelsberger meint, daß die beiden hier in Frage kommenden Rechtsakte, Verrechnung und Anerkennung, durch die Einheit des Ziels zu einem juristischen Ganzen verbunden würden, so ist ihm entgegenzuhalten, daß die Einheit des Ziels eben durch die wirtschaftliche Natur des Kontokorrents bedingt ist, daß aber juristisch davon unabhängig Verrechnung und Anerkennung zwei nebeneinander bestehende Rechtsakte sind, die eine Einheit des Ziels in wirtschaftlicher Beziehung nicht einheitlicher zu gestalten vermag. Ebenso spricht Heilbrunn von dem Anerkenntnis als „von einem Glied in einer Kette". Solange es aber ein Glied in einer Kette ist und die Kette nicht

---

[1]) Die verhältnismäßige Verrechnung ist angewendet in RG. Bd. 59 S. 192, Bd. 56 S. 23 und zahlenmäßig näher erörtert bei Weißbrot, JurW. 1905 S. 312.

[2]) Iherings Jahrb. Bd. 49.

[3]) Staub 6./7. Aufl.

[4]) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 49.

[5]) Heilbrunn in Holdheim Bd. 14 S. 23.

rechtlich, sondern nur wirtschaftlich als eine Einheit zu erklären ist, solange bleiben Verrechnung und Anerkenntnis zwei Rechtsakte, und die Anwendung des § 139 BGB. ist nicht zulässig.

Die verhältnismäßige Verrechnung zeitigt das unerfreuliche Resultat, daß der Terminschuldner ungültige Forderungen aus Börsentermingeschäften zur Aufrechnung gegen unstreitig gültige Schulden teilweise verwendet. Das Ungerechte dieses Ergebnisses hat Neander-Müller[1]) trefflich erörtert.

β) Die Mängel und Fehler der verhältnismäßigen Verrechnung.

Für diese von dem Reichsgericht angewandte Verrechnungsart passen die Worte, mit denen es das Urteil v. 26. 11. 1904 beleuchtet: In diesem Urteil hatte die zweite Instanz die Verrechnung derart vorgenommen, daß sie zunächst auf beiden Seiten die Posten aus Termingeschäften strich, diese dann untereinander aufrechnete und den sich ergebenden Verlustsaldo wieder in das Debet einstellte, um dann den Gesamtbetrag der stehen gebliebenen Aktivposten verhältnismäßig auf die stehen gebliebenen Passivposten und den neu eingestellten Verlustposten aus Termingeschäften zu verrechnen. Das Reichsgericht führt hierzu aus: Das Gericht habe hier selbständig eine seiner Meinung nach zu einem angemessenen Ergebnis führende Aufrechnung vorgenommen, während es nur das Ergebnis einer von den Parteien vorgenommenen Verrechnung zu ermitteln gehabt habe. Dasselbe hat aber das Reichsgericht auch getan, denn es hat die nach seiner Meinung zu einem angemessenen Ergebnis führende verhältnismäßige Verrechnung vorgenommen.

Sie führt aber auch zu keinem praktisch befriedigenden Resultat. Sie stellt nur eine andere und zu einem anderen Ergebnis führende Art der Verrechnung dar, als die Parteien sie meist vorgenommen haben. Wenn aber überhaupt eine Verrechnung stattfinden soll, so ist u. E. immer noch diejenige die beste, die mit dem Willen der Parteien übereinstimmt. Welches aber ist diese? Und worin besteht hier die verhältnismäßige Verrechnung? Wir nehmen folgenden Kontokorrentstand als Beispiel an:

Aktiva	Passiva
50000 Mk. aus BTSch.	60000 Mk. Darlehn
	90000 Mk. BTSch.
Saldo	100000 Mk.

Hier findet eine Aufrechnung zum Bruche statt, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passivposten und dessen Zähler der Ge-

[1]) Deutsche Wirtschafts-Zeitung Bd. 1 S. 10, 467.

samtbetrag der Aktivposten ist: 50 000 : 150 000 oder 1 : 3. Das Darlehn ist zu $^1/_3$ (zu 20 000 Mk.), die Börsenterminschuld zu $^1/_3$ (zu 30 000 Mk.) getilgt. Der Saldo von 100 000 Mk. besteht also aus 60 000 — 20 000 = 40 000 Mk. Darlehn und ist insoweit klagbar. Die ungültigen Börsenterminschulden sind mit 30 000 Mk. getilgt, sie sind im Saldo mit 90 000 — 30 000 = 60 000 Mk. enthalten. Zu diesem Betrage ist der Saldo daher ungültig. — Diese in ihrem Ergebnis so unbillige Entscheidung vermögen auch die Ausführungen des Reichsgerichts nicht in ein besseres Licht zu setzen.[1])

Uns scheint diese Verrechnung nicht ganz folgerichtig zu sein.

Wenn der sich aus zum Teil ungültigen Börsenterminge-schäften zusammensetzende Saldo eingeklagt wird, so hat eine Saldofeststellung stattgefunden. Zwar ist das Anerkenntnis nicht in der Lage, die Posten gültig zu machen, aber es ist eine wie Zahlung wirkende Aufrechnung bereits erfolgt. Sie wirkt aber nur wie Zahlung, wenn sie von den Parteien vertragsmäßig herbeigeführt ist.

Welche Verrechnung ist nun aber als vertragsmäßig zu vermuten, wenn ein Wille nach dieser oder jener Richtung hin nicht besonders zum Ausdruck gebracht ist?

Bei einer Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und bei Erforschung des wirklichen Willens der Parteien muß angenommen werden, daß diese zunächst die Börsenterminschulden gegeneinander aufrechnen wollten. Dabei stimmen wir allerdings der Ansicht Heilbrunns zu, daß die Parteien nicht abrechnen wollten, damit sich für den Bankier lediglich ein möglichst günstiges Resultat ergebe. Diese Absicht wird dem Schuldner natürlich ferngelegen haben, aber der Bankier, der sich der Unklagbarkeit der Posten aus Börsenterminge-schäften bewußt ist, der vielleicht durch einen mit der verhältnismäßigen Verrechnung entschiedenen Rechtsstreit über diese Frage bitter belehrt worden ist, wird sicherlich eine Aufrechnung nur in dem Sinne beabsichtigen, daß zunächst die Posten aus Börsentermin-geschäften gegeneinander aufgerechnet werden, so daß wenn der Kunde nicht widersprochen hat, eine derartige Aufrechnung als vereinbart anzunehmen ist. Und dies ist u. E. die Regel; eine Ausnahme müßte besonders ersichtlich sein.

Nicht gegen, sondern gerade für diese Ansicht möchten wir auch die vorher angeführte Rechtfertigung für die verhältnismäßige Verrechnung seitens des Reichsgerichts[2]) verwenden. Gerade um

---

[1]) RG. Bd. 59 S. 195; Reichsgerichtsrat Hagens in DJZ. 1905 S. 110.
[2]) Bl. 42.

die ihm bewußten Folgen zu vermeiden, wird die Absicht des Saldogläubigers dahin gehen, die Termingeschäfte zuerst gegeneinander aufzurechnen. Sind aber nicht auch die Posten aus Termingeschäften die unsichersten gemäß § 366 Abs. 2, so daß sie zuerst einer Tilgung bedürfen? — Außerdem neigt aber das Reichsgericht dieser von den Parteien beabsichtigten Tilgung selbst zu, denn es streicht nicht die ungültigen Posten einfach, sondern berücksichtigt sie — aber eben nur verhältnismäßig.

Die von den Parteien in unserem Beispiel vorgenommene Verrechnung würde also zunächst zur gegenseitigen Aufrechnung der Termingeschäfte führen. Der dann verbleibende Rest von 40 000 Mk. wird zusammen mit den 60 000 Mk. Darlehn den Saldo von 100 000 Mk. ausmachen. Und da diese Aufrechnung vollzogen ist, so sind die Posten aus Börsenterminegeschäften bis auf einen Rest von 40 000 Mk. getilgt und erledigt. In diese Verrechnung will nun die verhältnismäßige Verrechnung eingreifen. Sie stellt eine gänzlich neue Verrechnung auf, nicht wie sie die Parteien gewollt haben, sondern wie es mit Rücksicht auf §§ 366 Abs. 2, 387, 389, 396 BGB. recht sein soll. Also das Gesetz schafft die Aufrechnung! Dann aber kann von einer vertragsmäßigen Aufrechnung nicht mehr die Rede sein. Die Verrechnung der aus ungültigen Börsenterminegeschäften stammenden Posten erfolgt nicht mit, sondern sogar gegen den Willen der Parteien oder wenigstens des Saldogläubigers. Freilich soll sich diese Verrechnung nur auf den Saldo, den Passivsaldo, beziehen. Es soll ermittelt werden, zu welchem Teile Posten aus ungültigen Termingeschäften darin enthalten sind, und die stattgehabte Verrechnung soll scheinbar unberührt bleiben. Dies ist aber nicht der Fall, denn bei der Ermittlung des gültigen Teils des Saldos wird nicht allein dieser einer Untersuchung unterzogen, sondern die Verrechnung geht auf die ursprüngliche Kontokorrentrechnung zurück und stellt zwischen den unverrechneten Posten das vorher bezeichnete Verhältnis auf. Diese Verrechnung ist eine qualitativ andere, als sie die Parteien abgeschlossen haben, nur zahlenmäßig bleibt sie dieselbe. Es kann aber unmöglich dieses inhaltlich neue und nur zahlenmäßig gleiche Ergebnis dem von den Parteien gewollten Resultat als gleichartig erachtet werden. Damit hört u. E. die vertragsmäßige Verrechnung auf. Wenn durch die Rechtsprechung eine neue Verrechnung vorgenommen wird, so ist die neue, soweit sie ungültige Posten verrechnet, nicht wirksam. Es liegt keine mit dem Willen der Parteien vorgenommene Verrechnung vor, infolgedessen fällt der wie Erfüllung wirkende Effekt aus.

Nun könnte man sagen, die Parteien rechneten bisweilen

mit einem bedeutend größeren Betrage ungültiger Posten auf, und die verhältnismäßige Verrechnung tilge die ungültigen Posten nur zu einem geringen Betrage; infolgedessen sei der geringere Betrag, zu dem die verhältnismäßige Verrechnung aufrechnet, durch den größeren Betrag mitbetroffen. Dies ist aber durchaus nicht der Fall, denn die von dem einen Teil vorgenommene Verrechnung entsprach seiner Absicht und brachte ihm Gewinn, die verhältnismäßige Verrechnung aber schädigte ihn, ist gegen seinen Willen. Dann aber ist die Verrechnung zu diesem geringen Teil nicht mehr dem Willen der Parteien entsprechend, die Erfüllung nicht mehr freiwillig, da er zu diesem geringen Teil gar nicht erfüllen will, und somit ist die vom Gericht vorgenommene Verrechnung der ungültigen Terminposten nicht wirksam.

Dieses so viel Streit veranlassende unbillige Resultat bei der auf Grund von gültigen und ungültigen Posten vorgenommenen Saldofeststellung kommt daher, daß einerseits ein gültiger Aufrechnungsvertrag, andrerseits ein ungültiger Anerkenntnisvertrag in der Saldofeststellung zu sehen ist. Weder gegen die Ungültigkeit des letzteren noch gegen die Gültigkeit des ersteren läßt sich etwas einwenden. Wenn ein Vollberechtigter sein Recht im Austausch gegen ein unvollkommenes Recht aufgeben will, so hat die Rechtsordnung keinen Anlaß, ihn daran zu hindern. Dem so rechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis können die Parteien freilich dadurch entgehen, daß sie für die Posten aus ungültigen Geschäften gesondert von den Posten aus gültigen Geschäften ein besonderes Konto bilden.

γ) Eignen sich die Posten aus klaglosen Geschäften überhaupt zur Einstellung in den Kontokorrent? — Vorschläge zur Beseitigung des Übelstandes.

Aus dem den Gesetzgeber bei Schaffung der für klaglose Forderungen geltenden Regeln leitenden Gedanken heraus wäre vielleicht de lege ferenda folgende Erwägung angebracht: Die aus klaglosen Geschäften herrührenden Posten eignen sich nicht zur Einstellung in den Kontokorrent, denn der Gesetzgeber hat jegliche Verwertung von klaglosen Forderungen, besonders jeden Zwang auf Grund solcher Forderungen zu beseitigen versucht. Mit der Einstellung einer klaglosen Post geht aber der Verlierer auch eine Verbindlichkeit ein, sie nach Ablauf der Periode zu bezahlen oder sie wenigstens der Berechnung zu unterstellen. Ebenso widerspricht der Umstand, daß sie durch Einstellung in den Kontokorrent zu einem bloßen Rechnungsfaktor wird, wie das Reichsgericht angenommen hat, dem den Gesetzgeber leitenden Gedanken,

denn durch nichts soll ihre Spielnatur verdeckt werden. Hier aber soll sie ihre Natur verlieren! Es wäre daher vielleicht mit Rücksicht namentlich auf das bisher so wenig praktisch befriedigende, sich bei der Abrechnung von gültigen und ungültigen Posten ergebende Resultat an der Zeit, durch eine der Vorschrift des § 762 Abs. 2 entsprechende, dem § 355 HGB. hinzuzufügende Regelung, die die klaglosen Posten aus dem Kontokorrent grundsätzlich ausschließt, diesem Übelstande abzuhelfen. Und dies um so mehr, als wir dabei im Sinne des Gesetzgebers handeln und besonders dadurch das unbillige, auf andere Weise schwer zu umgehende Ergebnis, daß einerseits der Aufrechnungsvertrag gültig, das darüber abgegebene Anerkenntnis aber ungültig ist, beseitigen würden. Dann würden Aufrechnungsvertrag und Anerkenntnis gültig sein, da sie sich nur auf klagbare Posten beziehen würden. Die klaglosen Posten hätten ebenso wie diejenigen aus verbotenen Geschäften auszuscheiden.

Für den Fall einer nicht gesetzlichen Regelung sehen wir die einzige Lösung dieser Frage darin, daß, wie schon erörtert, die allgemeinen Regeln über die Auslegung von Verträgen (§§ 157, 242 BGB.) anzuwenden sind, und daß demnach zunächst die Posten aus ungültigen Börsentermingeschäften gegeneinander aufgerechnet werden.

3. Der auf verbotenen und daher nichtigen Börsentermingeschäften beruhende Saldo ist ungültig.

Wesentlich einfacher gestaltet sich die Rechtslage, wenn im Kontokorrent Posten aus verbotenen Börsentermingeschäften enthalten sind. Als solche kommen in Betracht die aus Geschäften in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen sowie von Getreide- und Mühlenfabrikaten herrührenden Posten. Sie sind grundsätzlich und unbedingt verboten. Ebenso zählen diejenigen Geschäfte zu den verbotenen, bezüglich deren der Bundesrat ein Verbot ausgesprochen hat, oder wenn die Börsenorgane die Zulassung von Geschäften in Anteilen gewisser Erwerbsgesellschaften (§ 50 Abs. 2[2]) abgelehnt haben, und wenn die Zulassung der Anteile gewisser Erwerbsgesellschaften zum Börsenterminhandel, obgleich sie an sich gesetzlich zugelassen werden konnten, nicht nachgesucht ist (§ 52 BörsG.).

Wenn nun auch zunächst der Börsenterminhandel allein durch diese Paragraphen (§§ 50—52) betroffen wird, so hat doch auch hier, wie bei den erlaubten Börsentermingeschäften, das Reichsgericht mit Recht den Zweck des Gesetzes maßgebend sein lassen,

um eine Umgehung des Gesetzes zu verhindern,[1]) und hat, obwohl bei der Beratung des Gesetzes diesen Vorschriften nur eine börsenpolizeiliche Natur zugedacht war[2]) und das Gesetz selbst nicht ausdrücklich eine Nichtigkeit der verbotenen Börsentermingeschäfte statuiert, dennoch eine solche gemäß § 134 BGB. als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot wegen der erwähnten Zuwiderhandlungen für begründet erachtet.[3]) Sein Standpunkt hat sich auch als lebensfähig erwiesen, indem die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Änderung des Abschn. 4 BörsG. und der Bericht der Reichstagskommission[4]) von ihm ausgegangen sind.

Daher sind alle verbotenen Börsentermingeschäfte, ob nun die Parteien in das Register eingetragen sind oder nicht, nichtig. Dieser Mangel der Nichtigkeit kann durch die Saldoanerkennung nicht geheilt werden, es ist vielmehr sowohl das Saldoanerkenntnis als auch die Aufrechnung nichtige. Selbst das Geleistete kann zurückgefordert werden.[5])

Wenn dagegen der Anerkennende gewußt hat, daß die dem Saldo zugrunde liegenden Posten nichtig sind, so ist nach den allgemeinen Regeln dahin zu entscheiden, daß die Genehmigung der Aufrechnung der in Kenntnis der Nichtschuld erfolgten Leistung gleichsteht. Infolgedessen findet hier eine Rückforderung des Geleisteten nicht statt, auch die geleisteten Einschüsse können nicht zurückgefordert werden —, vorausgesetzt, daß das Geschäft, auf welches die Einschüsse gemacht sind, völlig abgewickelt und der Saldo mit verrechnet ist.[6])

Wenn sich neben den Posten aus verbotenen Geschäften auch solche aus gültigen im Kontokorrent befinden, so scheiden diejenigen aus verbotenen Börsentermingeschäften einfach aus, da sie durch Aufrechnung nicht getilgt werden können, vorausgesetzt natürlich, daß der Anerkennende nicht im Bewußtsein seiner Nichtschuld anerkannt hat.

4. Der Saldo aus Posten, die aus Spiel- oder Differenzgeschäften herrühren.

In ähnlicher Weise wie mit den erfüllungsfähigen, aber klaglosen Börsentermingeschäften einerseits und den verbotenen und deshalb nichtigen Börsentermingeschäften andrerseits verhält

---

[1]) JurW. 1902 S. 139, 67; 1904 S. 219, 42; RG. Bd. 47 S. 108.
[2]) Trumpler a. a. O. S. 482; RG. Bd. 47 S. 197.
[3]) Im Gegensatz zur Literatur vgl. Trumpler S. 482.
[4]) Bei Heymann, Berlin 1905.
[5]) RG. bei Holdheim 1904 S. 70, 74.
[6]) JurW. 1904 S. 407, 13.

es sich mit den aus Spiel-, Wett- und Differenzgeschäften herrührenden Posten. Beruhen einige im Rechnungsauszuge aufgeführten Posten auf gesetzlich verbotenem Spiel (§ 284 StGB.), so beeinflussen sie den Saldo in derselben Weise wie Posten aus verbotenen Börsentermingeschäften; die für die letzteren aufgestellten Grundsätze finden auch hier Anwendung. Das von den erfüllungsfähigen, aber klaglosen Börsentermingeschäften Gesagte gilt in fast gleicher Weise, wenn sich Posten aus erfüllungsfähiger Spielschuld oder Wettschuld im Kontokorrent befinden, namentlich wenn sich der Kontokorrent aus zum Teil gültigen und zum Teil ungültigen, aber erfüllungsfähigen Posten zusammensetzt.[1])

Ebenso verhält es sich mit den Differenzgeschäften entsprechend § 764 BGB.

Wenn ein aus Differenzgeschäften bestehender Saldo eingeklagt wird, so spricht nicht etwa eine Vermutung dafür, daß Differenzgeschäfte vorliegen,[2]) die Vermutung geht vielmehr dahin, daß die Posten aus ernstlich gemeinten Geschäften herrühren.[3]) Infolgedessen hat der Schuldner die Spielabsicht zu behaupten und zu beweisen.[4])

Der aus den Vorschriften über das Spiel hervorgehenden Tendenz entspricht es dagegen, den Spielcharakter, falls er erkennbar hervortritt, von Amts wegen zu berücksichtigen.[5]) [6])

---

[1]) vgl. Bl. 39.
[2]) vgl. JurW. 1893 S. 357, 45.
[3]) JurW. 1897 S. 171, 23.
[4]) JurW. 1900 S. 157, 20.
[5]) So auch Kohler bei Holdheim Bd. 94 S. 48; v. Seeler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 15.
[6]) Prot. d. Kommission f. d. 2. Lesung d. Entw. z. BGB. 1898 Bd. 2.

IV. Die durch die Novelle geschaffenen Änderungen und ihre Einwirkung auf den Saldo.

In die durch das Börsengesetz v. 22. 6. 1896 geschaffenen Rechtsverhältnisse hat die Novelle v. 8. 5. 1908 mit grundlegenden Änderungen eingegriffen, indem sie die bald nach Erscheinen des Gesetzes von 1896 zahlreich hervortretenden Mängel zu beseitigen versucht hat. Und gerade der von uns behandelte Abschn. 4 über den Börsenterminhandel ist dieser grundlegenden Änderung unterworfen worden, so daß die die Gültigkeit bezw. Ungültigkeit des Saldos bewirkenden Verhältnisse des alten Börsengesetzes beseitigt und die die Gültigkeit bezw. Ungültigkeit des Saldos herbeiführenden Geschäfte von ganz anderen Bedingungen abhängig gemacht sind. Die Hauptneuerungen sind folgende: Zunächst hat die Novelle das Börsenregister abgeschafft und damit einem von allen Seiten erfolgten Ansturm nachgegeben. Dafür hat sie als Kriterium der Börsentermingeschäftsfähigkeit die Eintragung ins Handelsregister gesetzt unter Ausschluß der Minderkaufleute und somit ein Standesinstitut der Vollkaufleute geschaffen,[1]) dem noch gewisse Personengruppen gleichgestellt sind, die kraft ihrer Geschäftserfahrung eines staatlichen Schutzes nicht bedürfen oder die zu schützen ein staatliches Interesse nicht vorliegt.[2])

Sodann hat die Novelle die Begriffsbestimmung der Börsentermingeschäfte, wie sie in § 48 BörsG. von 1896 enthalten war, beseitigt und dadurch der Rechtsprechung bezüglich der Frage, ob ein Börsentermingeschäft vorliegt, freie Hand gelassen. Im gegenwärtigen Gesetz ist somit die Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, das, wie schon erwähnt, im Widerspruch zur Literatur[3]) die Bestimmungen über den Börsenterminhandel auf alle Geschäfte

---

[1]) Begr. II S. 13.

[2]) Begr. II S. 27.

[3]) vgl. Staub, Der Begriff des Börsentermingeschäftes in § 66 BörsG. und Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte.

ausgedehnt hatte, die nach seiner Annahme wirtschaftlich als Surrogate der Börsentermingeschäfte dienten und zur Umgehung der börsengesetzlichen Bestimmungen abgeschlossen waren.[1] [2]) Demgemäß ist auch ein von der Mitwirkung der Börsenorgane unabhängiger Terminhandel, der sich in den für Börsentermingeschäfte üblichen Formen vollzieht, als Börsenterminhandel anzusehen.

1. Die verbotenen Börsentermingeschäfte.

Die verbotenen Börsentermingeschäfte erscheinen als fakultativ (§ 63 Abs. 1, 2 BörsG.) und als absolut (§ 65) verboten. Die ersteren[3]) sind solche, welche zwar vom Gesetz geduldet werden, die aber von dem zur Entscheidung über ihre Zulässigkeit ermächtigten Bundesrat nicht geduldet werden. Hierbei unterscheidet man wieder Börsentermingeschäfte in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, für die der Bundesrat eine Genehmigung nicht erteilt hat (§ 63 BörsG.), und ferner Börsentermingeschäfte in bestimmten Waren und Wertpapieren, welche infolge ausdrücklicher Untersagung durch den Bundesrat oder wegen Nichterfüllung der für ihre Zulässigkeit gestellten Bedingungen verboten sind (§ 63 Abs. 2). — Absolut verbotene Börsentermingeschäfte sind diejenigen in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei (§ 65). — Liegen Posten aus fakultativ oder absolut verbotenen Börsentermingeschäften dem Saldo zugrunde, so scheiden sie infolge ihrer Nichtigkeit einfach aus. Diese Nichtigkeit beruht auf besonderen börsenrechtlichen Bestimmungen (§§ 64, 66 BörsG.). In dem Gesetz von 1896 waren die Wirkungen des Verbots nicht ausgesprochen, das Reichsgericht folgerte vielmehr aus § 134 BGB. die Nichtigkeit.

Selbst wenn ein solches Geschäft zwischen börsentermingeschäftsfähigen Personen abgeschlossen ist, so ist es auch trotz Leistung einer Sicherheit nichtig. Von diesen Mängeln werden auch die Sicherheitsleistungen und das Anerkenntnis betroffen.[4]) Nur das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. In dieser Beziehung sind jedoch die Rechtswirkungen des Verbots aus § 66 BörsG. strenger als bei den nach § 63 BörsG. verbotenen Börsentermingeschäften. Bei den auf Grund des Geschäfts aus § 66 BörsG. geleisteten ist die Rückforderung nur während eines Zeitraumes von 2 Jahren seit Bewirkung der Leistung zulässig, während sie bei den Geschäften des § 63 die

[1]) RG. Bd. 42 S. 43 ff., Bd. 47 S. 111, Bd. 44 S. 103; JurW. 1902 S. 101.
[2]) Näheres in Begr. II S. 19.
[3]) Näheres bei Gareis S. 414 ff.
[4]) Gareis S. 414.

übliche von 30 Jahren bleibt. Im übrigen unterliegt das Rückforderungsrecht den in den §§ 814, 817 BGB. bezeichneten Beschränkungen, wenn auch nicht ohne Ausnahme.[1])

Sonst scheiden aber die ungültigen Posten aus verbotenen Börsenterminegeschäften aus der Summe des Saldos einfach aus, ohne rechtlich irgendwelche Schwierigkeiten herbeizuführen.

2. Die erlaubten Börsenterminegeschäfte.

a) Die beiderseitig verbindlichen Börsenterminegeschäfte. Sie sind bedingt durch:

α) Die Personen, die sie abschließen.

Eine andere Einwirkung auf den Saldo üben die erlaubten Börsenterminegeschäfte aus. Sie umfassen die — sogen. offiziellen — Börsenterminegeschäfte in Wertpapieren und Waren, die zum Börsenterminhandel zugelassen und nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind, ferner aber auch die — sogen. inoffiziellen[2]) — Börsenterminegeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel nicht zugelassen sind oder die nach anderen als vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind.

Die erlaubten Börsenterminegeschäfte sind je nach den Personen, von denen sie abgeschlossen werden, entweder für beide Vertragschließende verbindlich oder unverbindlich oder einseitig verbindlich. Diese Börsenrechtssphäre ist jetzt nach Beseitigung des Börsenregisters durch die Novelle selbst gesetzlich bestimmt worden, welche drei Klassen von vollbörsenterminegeschäftsfähigen Personen unterscheidet:

a) die in das Handelsregister eingetragenen Vollkaufleute und solche, deren Eintragung nach § 36 HGB. nicht erforderlich ist, und eingetragene Genossenschaften;

b) Bank- und Börsenleute, die bei Geschäftsabschluß „berufsmäßig" — nicht auch gewerbsmäßig — Börsentermin- oder Bankiergeschäfte betrieben haben, und frühere Besucher einer Fondsbörse, die mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren;

c) die Exquilinen, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben. Apt[3]) und Hemptenmacher[4]) sprechen bezüglich der

---

[1]) vgl. Holdheim 1904 S. 73.
[2]) Gareis S. 419.
[3]) Apt § 53 Anm. 13.
[4]) § 53 Anm. 8.

letzteren Klasse von „Ausländer" — u. E. zu Unrecht. Wenn auch § 53 Ziff. 2 zumeist auf Ausländer Anwendung finden wird, so ist doch an Hand des Gesetzes zu beachten, daß auch ein Ausländer seinen Wohnsitz im Inlande haben kann und dann durch diese Bestimmung nicht betroffen wird. Andrerseits kann auch der Fall vorkommen, daß ein Inländer keinen inländischen Wohnsitz oder keine inländische gewerbliche Niederlassung hat und ein Inländer daher auch aus diesem Grunde börsenmündig ist.

β) Den Gegenstand des Geschäfts. Offizielle und inoffizielle Börsentermingeschäfte.

Die von den Personen a bis c abgeschlossenen Börsentermingeschäfte sind vollwirksam, wenn die den Gegenstand des Geschäfts bildenden Waren oder Wertpapiere zum Börsenterminhandel zugelassen sind und das Geschäft ein sogen. offizielles Börsentermingeschäft ist, d. h. nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen abgeschlossen ist. Bei diesen beiderseitig verbindlichen Börsentermingeschäften ist auch der Spiel- oder Differenzeinwand (§§ 762, 764 BGB.) ausgeschlossen (§ 58 BörsG.).[1]) Als selbst gültige Geschäfte berühren sie den Saldo in keiner Weise. Der hier maßgebende § 58 der Novelle gewährt demnach wie § 69 a. BörsG. dem nach speziellem Recht wirksamen Börsenterminhandel völlige Rechtssicherheit. Damit ist aber nicht ein Privileg für den Börsenterminhandel geschaffen, sondern der § 58 findet seine innere Rechtfertigung in dem zwischen einem ernst gemeinten Börsentermingeschäft und einem Spielgeschäft nach § 762 BGB. oder einem reinen Differenzgeschäft nach § 764 BGB. bestehenden begrifflichen Gegensatz.[2])

Sind aber die den Gegenstand des Geschäfts bildenden Waren oder Wertpapiere zum Börsenterminhandel nicht zugelassen, so ist das Geschäft zwar gültig, wenn es zwischen den vorher genannten Personen abgeschlossen ist, doch unterliegt es den Einwänden aus §§ 762, 764 BGB.

Diese erlaubten, aber inoffiziellen Börsentermingeschäfte erzeugen keine juristische, sondern lediglich eine natürliche Verbindlichkeit. Mit ihr sind durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung folgende Rechtsfolgen verknüpft:

---

[1]) vgl. Gareis S. 419ff.

[2]) vgl. die Verhandl. des 1. Allgem Deutschen Bankiertages in Frankfurt a. M. S. 39, 31 und Trumpler in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 1 S. 405.

γ) Die Rechtsfolgen der inoffiziellen Börsentermingeschäfte.

Es kann, wie auch bei den verbotenen Börsentermingeschäften, das auf Grund des Geschäfts Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (§ 55).[1] Eine solche Leistung ist anzunehmen, wenn der Kontokorrentsaldo anerkannt ist. In diesem Falle liegt nämlich eine vertragsmäßige Aufrechnung vor, und daher ist eine Zurückforderung der zur Aufrechnung gestellten Beträge ausgeschlossen. Das „Geleistete" gilt aber nur insoweit, als sich Debet- und Kreditposten ausgleichen, soweit sich dagegen ein Passivsaldo ergibt, liegt in dessen Anerkennung keine Leistung, sondern nur ein Anerkenntnis, das, wie schon früher erörtert ist, nicht imstande ist, die Posten aus nicht wirksamen Geschäften gültig zu machen. Ist der Saldo dagegen noch nicht anerkannt, so kann der Kunde der Einstellung eines solchen Postens in die Kontokorrentrechnung mit Rücksicht auf die Unwirksamkeit des Geschäfts widersprechen, denn eine solche Einstellung in die Kontokorrentrechnung begründet noch keine Leistung.

Enthält der ermittelte Passivsaldo Posten sowohl aus wirksamen als auch aus unwirksamen Geschäften, so entspricht die Behandlung des so ermittelten Saldos der früher von uns gegebenen bezüglich der erlaubten Börsentermingeschäfte, bei welchen nur ein Teil in das Börsenregister eingetragen ist.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, daß die Art der Aufrechnung vertraglich bestimmt werden kann, daß also auch die von der herrschenden Lehre angenommene verhältnismäßige Verrechnung durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Wir halten aber an dem oben gegebenen Ergebnis fest, daß die verhältnismäßige Verrechnung, auch ohne durch einen besonderen Vertrag ausgeschlossen zu sein, keine Anwendung finden darf, weil sie dem wirklichen Willen der Parteien zu fern liegt, der nur dahin gehen kann, die ungültigen Posten zunächst gegeneinander aufzurechnen, ganz abgesehen von den in der verhältnismäßigen Verrechnung u. E. liegenden Fehlern, daß hier eine Verrechnung angenommen wird, die nicht dem Parteiwillen entspricht, und abgesehen davon, daß die von uns aufgestellte Ansicht in den Bestimmungen der Novelle in § 56, wie im folgenden erörtert wird, eine Stütze gefunden hat.

Diese eine weitere Rechtsfolge der natürlichen Verbindlichkeit jener Geschäfte darstellende Bestimmung besagt, daß der Gläubiger

---

[1]) vgl. Gareis S. 422.

seinen unklagbaren Anspruch auch zur einseitigen Aufrechnung gegen Forderungen aus anderen Börsenterminge schäften benutzen darf; es können hiernach Forderungen aus nicht zugelassenen Börsenterminge schäften mit solchen aus zugelassenen Börsenterminge schäften aufgerechnet werden. Wenn also im Kontokorrent der Kunde eine Forderung aus einem unwirksamen Börsenterminge schäft für sich in Anspruch nimmt, so kann der Bankier mit einer Gegenforderung aus einem gleichartigen Geschäft aufrechnen. Ebenso kann ein Saldo, dem Posten aus Börsenterminge schäften in einer Höhe zugrunde liegen, die mindestens dem Betrage des Saldos gleichkommen,[1]) gegen eine gleichartige Forderung aufgerechnet werden.

Dieser Paragraph hat für die Praxis allerdings keine erhebliche Bedeutung, denn in den in Betracht kommenden Fällen wird meist eine vertragsmäßige Aufrechnung der gegenseitigen börsenterminge schäftlichen Forderungen stattgefunden haben. Von größerem Wert ist er aber für uns als Auslegungsregel in dem Sinne, daß die saldoziehenden Parteien den Willen gehabt haben, zunächst die Forderungen aus unklagbaren Geschäften gegeneinander aufzurechnen.

Um aber einen sicheren Weg zu gehen, ist es, wie schon erwähnt, für die Parteien ratsam, die Posten aus unklagbaren Börsenterminge schäften aus ihrem allgemeinen Kontokorrent überhaupt auszuscheiden und sie im besonderen Konto zu führen.

Die dritte Rechtsfolge der natürlichen Verbindlichkeit für Börsenterminge schäfte besteht darin, daß das Geschäft vollwirksam wird, wenn ein Teil bei oder nach dem Eintritt der Fälligkeit sich dem anderen Teil gegenüber mit der Bewirkung der Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung bewirkt hat. Diese Bestimmung ist im Gesetz zwar ausdrücklich nur für den Fall ausgesprochen, daß zum Börsenterminge schäft zugelassene Waren oder Wertpapiere den Geschäftsgegenstand bilden. Es ist aber das gleiche auch für andere Fälle anzunehmen, weil die im gegenseitigen Einverständnis vorgenommene Effektiverfüllung den Beweis erbracht hat, daß die Parteien ein ernsthaftes Geschäft und nicht bloß ein „Spiel" abgeschlossen haben. Dagegen hat die Novelle für Fälle, in denen ein Börsenterminge schäft unwirksam sein soll, im Gegensatz zu den Vorlagen von 1904 und 1906 die nachträgliche Heilung der Unwirksamkeit durch ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntnis nicht zugelassen.[2])

---

[1]) Begr. S. 22 ff.
[2]) Gareis S. 422.

b) Die unverbindlichen Börsentermingeschäfte.

Die außerhalb des durch § 53 bezeichneten Kreises stehenden Personen sind nicht börsenmündig. Die von ihnen untereinander oder mit börsentermingeschäftsfähigen Personen abgeschlossenen Geschäfte sind daher unwirksam, und zwar für beide Teile. Einer Erhebung des Einwandes aus §§ 762, 764 BGB. bedarf es nicht. Dagegen gelten auch für diese Geschäfte die Vorschriften der §§ 55—57 BörsG., daß nämlich Leistungen nicht zurückgefordert werden können, daß eine Aufrechnung gegen andere Forderungen aus Börsentermingeschäften zulässig ist, und daß die effektive Erfüllung auf der einen Seite und das Einverständnis damit auf der anderen Seite das Geschäft rückwirkend wirksam machen.

Der Einwirkung dieser unwirksamen Geschäfte auf den Saldo unter Berücksichtigung der Vorschriften aus den §§ 55—57 BörsG. ist bereits früher gedacht worden.

c) Die einseitig verbindlichen Börsentermingeschäfte. Sicherheitsleistung.

Schließen nicht börsenmündige Personen mit solchen, die gemäß § 53 Abs. 1 börsentermingeschäftsfähig sind, Termingeschäfte ab, so können diese Geschäfte einseitig verbindliche Börsentermingeschäfte sein, falls Wertpapiere den Geschäftsgegenstand bilden und der nicht börsenmündige Kontrahent dem Bankier eine Sicherheitsleistung in Geld oder kurshabenden Wertpapieren bestellt. Die Vergünstigung eines so entstehenden negotium claudicans ist aber den Termingeschäften in Waren versagt, da der Warenterminhandel ausschließlich ein Institut der Vollkaufleute ist.[1]) Ebenso ist diese Vergünstigung nur bei Geschäften zwischen den vorbenannten Personen zulässig, hauptsächlich also bei Geschäften zwischen Bankier und Kunden, nicht dagegen bei Geschäften zwischen den Personen des § 53 Abs. 2 und dem Publikum und den von Nichtkaufleuten untereinander abgeschlossenen Geschäften. Diese sind selbst bei Bestellung einer Sicherheit gemäß § 52 unwirksam.

Die so dem Publikum zugängig gemachte Beteiligung am Terminhandel ist aber, um auch dem Leichtsinnigsten die zu übernehmende Gefahr vor Augen zu stellen, durch die Erfüllung strenger Formen bezüglich der Sicherheitsbestellung bedingt. Sie soll gewissermaßen der bare Einsatz und die Grenze dessen sein, was von dem Kunden verloren werden kann. Der Besteller einer solchen Sicherheit, der auch eine dritte Person sein kann, muß

---

[1]) Stenogr. Ber. S. 4767 C, D.

dem anderen Teile schriftlich und ausdrücklich[1]) erklären,[2]) daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsenterminegeschäften dienen soll. Besteht die Sicherheit aus Wertpapieren, so müssen diese in der Erklärung nach Gattung und nach Zahl oder Nennwert bezeichnet sein. Andere Erklärungen darf das Schriftstück bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht enthalten.

Die so vom Gesetz getroffene Regelung bezieht sich auf den Fall, daß die bestellte Sicherheit für alle in der Geschäftsverbindung abgeschlossenen Termingeschäfte haftet, und daß alle diese Geschäfte für den Sicherheitsempfänger verbindlich werden. Die Sicherheitsbestellung ist also vom Gesetz als generell aufgefaßt; u. E. betrifft aber das Gesetz auch den Fall, daß die Sicherheit speziell für ein bestimmtes Engagement bestellt ist, wenn die Umstände eine solche Annahme rechtfertigen. Ein unter diesen Voraussetzungen abgeschlossenes Termingeschäft begründet auf seiten des Sicherheitsempfängers eine volle, klagbare Verbindlichkeit, auf seiten des nicht börsenmündigen Kontrahenten dagegen bloß eine natürliche Verbindlichkeit, die jedoch dadurch verstärkt ist, daß die bestellte Sicherheit dem Sicherheitsempfänger für seine unklagbare Forderung haftet. Der Differenzeinwand wird zwar nicht dadurch beseitigt, aber er wird illusorisch, die Sicherheit wird davon nicht berührt (§ 58 Abs. 2 BörsG.). Juristisch nicht präzis ist u. E. die Ausführung,[3]) daß das Geschäft auf seiten des Kunden bis zu dem Betrage der bestellten Sicherheit wirksam sei, und daß der Kunde gemäß § 58 Abs. 2 auch in dieser Höhe den Differenzeinwand nicht erheben könnte.

Der wirtschaftliche Erfolg entspricht allerdings dem Gesagten, aber juristisch müssen wir dabei verbleiben, daß der Differenzeinwand zulässig ist und nur die Sicherheit unberührt läßt. Dies besagt § 58 Abs. 2 und der Nachsatz des § 54: „Auch ist das Geschäft für den Empfänger verbindlich", d. h. also für den Besteller nicht verbindlich. Die auf der einen Seite erwachsene klagbare Verbindlichkeit steht jedoch mit der natürlichen Verbindlichkeit der anderen Seite in synallagmatischem Zusammenhang und unterliegt daher, falls letztere nicht erfüllt wird, den sich aus den allgemeinen Regeln ergebenden Modifikationen (§§ 320 bis 327 BGB.; § 376 HGB.).[4])

Die im vorstehenden gegebene Regelung ist von dem Reichstage auf offizielle Börsenterminegeschäfte beschränkt worden; Börsen-

---

[1]) vgl. RG. Bd 65 S. 17.
[2]) Bezw. telegraphisch.
[3]) Bei Hemptenmacher, Komm. § 58 Anm. 3; Apt § 54 Anm. 3.
[4]) Begr. S. 29.

termingeschäfte über nicht zugelassene Wertpapiere werden daher nicht von ihr berührt. Allerdings haben auch diese Geschäfte bei Bestellung einer Sicherheit an sich die gleiche Wirksamkeit wie diejenigen in zugelassenen Wertpapieren, aber der beiden Teilen zustehende Differenzeinwand hat hier seitens des Sicherheitsbestellers die Wirkung, daß auch die Sicherheitsbestellung hinfällig wird (§ 58). Die Bestimmungen der §§ 55—57 behalten auch hier ihre Geltung ebenso, als ob keine Sicherheit bestellt war. Eine besondere Bedeutung kommt der Sicherheit in dem von uns behandelten Falle zu, wenn nämlich zwischen Bankier und Kunden bei Bestellung einer Sicherheit ein Kontokorrentverhältnis besteht und sich ein Saldo ergibt. Hier kommt es dann darauf an, ob der Saldo durch die Sicherheit gedeckt ist. Anders verhält es sich zum Teil, wenn in dem Kontokorrent auch Posten aus Nichtbörsentermingeschäften enthalten sind. Ist in einem solchen Falle der Saldo noch nicht anerkannt, so kann der Kunde Widerspruch dagegen erheben, daß der Bankier seine, des Kunden, Forderungen aus Nichtbörsentermingeschäften zur Aufrechnung verwendet, denn er ist nur berechtigt, sich aus der Sicherheit zu befriedigen. Nach Anerkennung des Saldos liegt dagegen eine vertragsmäßige Aufrechnung und somit eine nach § 56 wirksame Leistung vor.

Ist bei der Abrechnung für den Kunden ein Aktivsaldo verblieben, so ist dieser vollgültig, da die Forderungen des Kunden gegen den Bankier, und zwar auch diejenigen aus Börsenterminggeschäften bei Leistung einer Sicherheit vollwirksam sind. Ergibt sich dagegen für den Kunden ein Passivsaldo, so ist dieser insoweit wirksam, als er auf Forderungen aus Nichtbörsenterminggeschäften beruht, und zwar auch ohne Leistung einer Sicherheit. Derjenige Teil, welcher jedoch nach der von uns verteidigten Ansicht auf Grund der zunächst vorgenommenen Verrechnung der Posten aus Börsentermingeschäften im Saldo noch als auf Posten aus Börsentermingeschäften beruhend verbleibt, ist je nach der Höhe der erfolgten Sicherheitsleistung gültig oder ungültig. Der verrechnete Teil der aus Börsentermingeschäften hervorgegangenen Forderungen ist dagegen auch ohne Sicherheitsleistung gültig.

Bei der verhältnismäßigen Verrechnung wäre entsprechend der nach dem bestimmten Bruchteil verrechnete Teil der Forderungen aus Börsentermingeschäften ohne Sicherheitsleistung gültig erledigt, ebenso der auf Forderungen aus Nichtbörsentermingeschäften beruhende Teil, der dagegen im Saldo noch enthaltene Teil aus Börsentermingeschäften wäre nur je nach Höhe der Sicherheit wirksam.

Von unserem Standpunkt aus gestaltet sich in einem Beispiel:

Bankier	Kunde
5000 Mk. Börsentermingeschäft	6000 Mk. Börsentermingeschäft
	4000 „ Darlehn
2000 Mk. Sicherheit	5000 Mk. Saldo

die Verrechnung folgendermaßen: Zunächst erfolgt die Verrechnung unter den Posten aus Börsentermingeschäften; es werden also 5000 Mk. gegen 6000 Mk. verrechnet, so daß ein Rest von 1000 Mk. verbleibt. In dem Saldo von 5000 Mk. sind daher 1000 Mk., weil aus Börsentermingeschäften herrührend, nicht wirksam. Aber es ist in Höhe von 2000 Mk. Sicherheit geleistet. Infolgedessen kann sich der Bankier bezüglich dieser Summe an der Sicherheit schadlos halten, erleidet mithin keinen Ausfall.

Nach der verhältnismäßigen Verrechnung ergibt sich der Bruch $\frac{5000}{10000} = \frac{1}{2}$. Der Saldo von 5000 Mk. besteht also zu 2000 Mk. nur aus gültigen Posten, zu 3000 Mk. ist er nicht wirksam. In Höhe von 2000 Mk. kann sich zwar der Bankier noch mit der Sicherheit befriedigen, mit 1000 Mk. erleidet er aber einen Ausfall. Dieses unbillige Ergebnis können natürlich die Parteien durch eine Vereinbarung, daß die von uns vertretene Art der Verrechnung eintreten soll, ausschließen. U. E. bedarf es aber keiner solchen Verabredung, diese Rechnungsart ist von selbst und allein Rechtens.

d) Die Geschäfte in Getreide- und Getreidemehlhandel.

Eine im Interesse und auf Veranlassung der Landwirtschaft vorgenommene Neuerung enthält das Börsengesetz in § 67. Darnach werden Lieferungsgeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei nicht wie Börsentermingeschäfte behandelt und sind, selbst wenn sie unter diesen Begriff fallen sollten, wirksam, sofern sie bezüglich der Persönlichkeit der Parteien und des Inhalts der zugrunde gelegten, vom Bundesrat zu genehmigenden Geschäftsbedingungen den Anforderungen des § 67 entsprechen. Wird das Geschäft aber in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem Verlierer an den Gewinner gezahlt werden soll, und sie sich somit nach der Absicht beider Teile oder nach der dem einen Teile erkennbaren Absicht des anderen Teils als reine Differenzgeschäfte darstellen, so steht das Geschäft in seinen zivilrechtlichen Wirkungen den verbotenen Geschäften gleich.

e) Ausländische Geschäfte.

Wenn ein Börsentermingeschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist, so war es nach der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]) nicht verboten. Diesen Standpunkt hat auch die Novelle gutgeheißen, indem sie im § 61 die Vorschriften der §§ 52 bis 60 für die im Auslande geschlossenen oder zu erfüllenden Geschäfte für anwendbar erklärt. Es ist daher unerheblich, ob der Abschluß oder die Erfüllung des betreffenden Börsentermingeschäfts im Inland oder Ausland erfolgt. Anders verhält es sich mit ausländischen Geschäften, deren Gegenstand Papiere sind, die nur an ausländischen Börsen gehandelt werden. Diese Papiere sind in Deutschland nicht zugelassen, infolgedessen gelten für sie die für die nicht zugelassenen Papiere normierten Bestimmungen, und zwar für alle, also selbst für die an der hiesigen Börse gemäß § 63 Abs. 1 verbotenen Papiere. Ein Börsentermingeschäft in Minenshares an der Londoner Börse ist daher kein verbotenes, sondern nur ein nicht zugelassenes Börsentermingeschäft.

Die so geschlossenen Geschäfte wirken je nach ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit und je nachdem, ob der Kontokorrent ganz oder nur zum Teil gültige oder ungültige Geschäfte zum Gegenstand hatte, in der vorher erörterten Weise auf den Saldo ein.

3. Mängel und Vorteile der durch die Novelle geschaffenen Änderungen.

Ob die von der Novelle gebrachten Neuerungen glücklich zu nennen sind, und ob sie ihr Ziel, eine endgültige und klare Regelung des börsenmäßigen Zeitgeschäfts herbeizuführen, erreicht haben, muß die Zukunft lehren. Die Abschaffung des Börsenregisters ist, wie allgemein anerkannt wird, ein Verdienst. Entspricht aber die an seiner Stelle geschaffene Börsenrechtssphäre den Erwartungen und ist vor allem die so schwer zu beantwortende Frage, inwieweit der Gesetzgeber einerseits dem wirtschaftlich Schwachen durch Erlaß von Prohibitivnormen Schutz angedeihen lassen, andrerseits dem Geschäftskundigen gegenüber in erhöhtem Maße die Grundsätze von Treu und Glauben zur Geltung bringen darf, in glücklicher Weise gelöst? Schon erheben sich Stimmen in verneinendem Sinne! Man sieht die Neuregelung der Novelle in dieser Beziehung zwar als eine Änderung, aber nicht als eine Besserung des bestehenden Zustandes an.[2]) Wenn wir auch dieser pessi-

[1]) RG. Bd. 50 S. 183; Bankarch. Bd. 7 S. 201.

[2]) vgl. Bernstein in Goldtschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 62 S. 137.

mistischen Anschauung nicht ganz beistimmen, so können wir uns doch nicht verhehlen, daß der Gesetzgeber eine wesentliche Verbesserung, ganz gewiß aber sein Ziel, eine endgültige und klare Regelung herbeizuführen, nicht erreicht hat.

Ein weiteres bedenkliches Ergebnis der Neuordnung durch die Novelle ist der Mangel an jeglicher Begriffsbestimmung der Börsentermingeschäfte. Abgesehen von Wildhagen,[1]) der darin einen Fortschritt sieht, haben sich Laband,[2]) Düringer,[3]) Heinemann[4]) dagegen ausgesprochen. Und in der Tat ist beim Fehlen jeglichen festen Anhaltspunktes, einer bestimmten gesetzlichen Norm, mag sie auch noch so wenig dem praktischen Bedürfnis entsprechen, eine übermäßige Ausdehnung des Begriffs der Börsentermingeschäfte in der Rechtsprechung und Wissenschaft zu befürchten, wobei wir die Schwierigkeit, eine wenn auch nur einigermaßen passende und alles umfassende Begriffsbestimmung zu finden, nicht verkennen. Die Motive erwarten dagegen nicht, daß eine zu weite Ausdehnung Platz greifen könnte.

Mit dem in § 53 Abs. 2 Satz 1 geschaffenen Kreise von börsenmündigen Personen hat ferner die Novelle eine nicht für alle Börsen passende Regelung getroffen. Sie leitet nämlich die Termingeschäftsfähigkeit des Börsenbesuchers aus dem Rechtsakt der auf seinen Antrag erfolgten dauernden Zulassung zum Börsenterminhandel mit der Befugnis der Teilnahme am Börsenhandel her. Bei einigen Börsen, z. B. den hanseatischen, bedarf es aber keiner formellen Zulassung.[5])

Diese Vorschrift macht aber auch die Termingeschäftsfähigkeit gewisser Personen von ihrem freien Willensentschluß abhängig und erinnert dadurch an den jetzt glücklich überwundenen Standpunkt des Börsengesetzes von 1896, daß die Eintragung in das Börsenregister die Börsentermingeschäftsfähigkeit verleiht.

Eine größere Unbequemlichkeit als Schwierigkeit bietet die Vorschrift, daß die Kaufmannseigenschaft zur Zeit des Geschäftsabschlusses begründet sein muß. Stehen also die Vertragschließenden in Kontokorrentverkehr, so haben sie, wenn sie sicher gehen wollen, bei Abschluß jedes einzelnen Geschäfts die Kaufmannseigenschaft des anderen Teils zu prüfen und zu erforschen, ob die Gegenpartei nicht etwa im Handelsregister gelöscht ist, ob sie ihr Geschäft nicht in eine Aktiengesellschaft umgewandelt hat, oder ob er, der bisherige Einzelkaufmann, wenn wir die von uns bekämpfte

---

[1]) DJZ. 1907 S. 1275.
[2]) Bankarch. Bd. 7 S. 83.
[3]) Bankarch. Bd. 7 S. 113.
[4]) Holdheim Bd. 17 S. 36.
[5]) vgl. Begr. S. 28; Kommissionsbericht S. 61.

Ansicht von Staub und Apt annehmen, nicht einer offenen Handelsgesellschaft beigetreten ist.

Abgesehen von diesen geringen Mängeln und Schwierigkeiten ist zuzugeben, daß die Neueinführungen der Novelle, namentlich die Beseitigung des Börsenregisters und die Schaffung eines börsenmündigen Personenkreises sowie die in bestimmten Fällen zugelassene Bestellung einer Sicherheit, gerade in bezug auf den Saldo dazu beitragen werden, die Rechtslage ruhiger und sicherer zu gestalten.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.